Z36 266

РУССКОЕ

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО.

236 266

УЧЕБНИКЪ

РУССКАГО

ГРАЖДАНСКАГО ПРАВА

Г. Ф. ШЕРШЕНЕВИЧА.

ДЕСЯТОЕ ИЗДАНІЕ.

МОСКВА.
Изданіе Бр. Башмаковыхъ.
1912.

ГОСУДАРСТВ. ПУБЛИЧНАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ БИБЛИОТЕКА
933945

Типо-литографія Т-ва И. Н. КУШНЕРЕВЪ и К°. Пименовская ул. соб. д.
Москва — 1912.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ВВЕДЕНІЕ.

		Стр.
§ 1.	Понятіе о гражданскомъ правѣ	1
§ 2.	Методы гражданскаго правовѣдѣнія	8
§ 3.	Литература и пособія	18
§ 4.	Исторія гражданскаго законодательства на Западѣ	23
§ 5.	Источники русскаго гражданскаго права	40
§ 6.	Примѣненіе нормъ права	63
§ 7.	Система гражданскаго права	73

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

§ 8.	Юридическія отношенія	77
§ 9.	Физическое лицо, какъ субъектъ права	86
§ 10.	Акты гражданскаго состоянія	96
§ 11.	Вліяніе различныхъ обстоятельствъ на дѣеспособность	101
§ 12.	Вліяніе различныхъ обстоятельствъ на правоспособность	117
§ 13.	Юридическое лицо, какъ субъектъ права	131
§ 14.	Вещи, какъ объекты права	147
§ 15.	Юридическія сдѣлки	175
§ 16.	Представительство	199
§ 17.	Исковая давность	206

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

Отдѣлъ I. Вещное право.

Стр.

§ 18. Общее понятіе о вещныхъ правахъ 217
§ 19. Укрѣпленіе вещныхъ правъ на недвижимости . . . 222
§ 20. Владѣніе 235
§ 21. Понятіе о правѣ собственности 259
§ 22. Ограниченія права собственности въ силу закона . . 272
§ 23. Способы пріобрѣтенія права собственности 284
§ 24. Прекращеніе права собственности 325
§ 25. Общая собственность 335
§ 26. Общинная собственность 341
§ 27. Сервитуты 358
§ 28. Наслѣдственное пользовладѣніе 376
§ 29. Залоговое право 383

Отдѣлъ II. Исключительное право.

§ 30. Общее понятіе объ исключительныхъ правахъ . . . 407
§ 31. Авторскія права 412
§ 32. Промышленныя права 431

Отдѣлъ III. Обязательственное право.

§ 33. Понятіе объ обязательствѣ 439
§ 34. Субъекты обязательства 450
§ 35. Содержаніе обязательства 458
§ 36. Дѣйствіе обязательства 464
§ 37. Измѣненіе лицъ въ обязательствѣ 474
§ 38. Обезпеченіе обязательствъ 479
§ 39. Прекращеніе обязательствъ 492
§ 40. Договоръ 502
§ 41. Купля-продажа 524

Стр.

§ 42. Запродажа 536
§ 43. Поставка 540
§ 44. Мѣна 542
§ 45. Заемъ 544
§ 46. Дареніе 554
§ 47. Мировая сдѣлка 563
§ 48. Страхованіе имущества 566
§ 49. Страхованіе лица 572
§ 50. Ссуда 578
§ 51. Имущественный наемъ 581
§ 52. Личный наемъ 595
§ 53. Подрядъ 609
§ 54. Довѣренность 614
§ 55. Поклажа 623
§ 56. Товарищество 634
§ 57. Обязательства, основанныя на гражданскомъ правонарушеніи 641
§ 58. Обязательства, возникающія изъ незаконнаго обогащенія 668

Отдѣлъ IV. Семейное право.

§ 59. Общее понятіе о семьѣ и семейныхъ правахъ . . . 674
§ 60. Заключеніе брака 677
§ 61. Расторженіе брака 699
§ 62. Личныя и имущественныя отношенія супруговъ . . 711
§ 63. Личныя и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми 729
§ 64. Родственный союзъ 760
§ 65. Опека и попечительство 764

Отдѣлъ V. Наслѣдственное право.

§ 66. Общее понятіе о наслѣдованіи 782
§ 67. Открытіе наслѣдства и мѣры охраненія его 790
§ 68. Наслѣдованіе по завѣщанію 800
§ 69. Наслѣдованіе по закону 839

Стр.

§ 70. Принятіе наслѣдства и отреченіе отъ него 865
§ 71. Утвержденіе въ правѣ наслѣдованія 875
§ 72. Послѣдствія принятія наслѣдства 885
§ 73. Завѣщательный отказъ 898
§ 74. Исполненіе завѣщанія 907

АЛФАВИТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ 915

УКАЗАТЕЛЬ СТАТЕЙ 933

ВВЕДЕНІЕ.

§ 1.

Понятіе о гражданскомъ правѣ.

Литература: Шершеневичъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, в. I, 1901 г., §§ 9—17; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, 1897 г., стр. 165—183; Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879 г., стр. 183—250; Дювернуа, *Чтенія по русскому гражданскому праву*, 1898 г., т. I, стр. 31—59; Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, в. I, 1894 г., стр. 1—10; Кавелинъ, *Что есть гражданское право и гдѣ его предѣлы*, 1864 г.; Умовъ, *Понятіе и методы изслѣдованія гражданскаго права* („Моск. Унив. Изв.“, 1872 г., т. II, кн. 4); Гамбаровъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, 1911 г., стр. 39—94.

I. Постановка вопроса. Характернымъ для современнаго юридическаго порядка является распаденіе нормъ права на двѣ группы — на право публичное и на право гражданское, или иначе частное. Несмотря, однако, на повседневность указаннаго дѣленія, съ научной стороны до сихъ поръ остается не вполнѣ выясненнымъ, гдѣ находится межевая черта между гражданскимъ и публичнымъ правомъ, каковы отличительные признаки той сферы права, которая носитъ названіе частнаго права и составляетъ предметъ особой науки. Это различіе, установившееся исторически и упорно поддерживаемое, скорѣе сознается инстинктивно, чѣмъ основывается на точныхъ признакахъ. Нельзя, конечно, сказать, чтобы былъ недостатокъ въ попыткахъ установить пограничную линію, но, къ сожалѣнію, попытки эти далеко не безупречны.

Между тѣмъ, указанное различіе имѣетъ не одно теоретическое, но и практическое значеніе: по ст. 1 уст. гражд. суд., всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію

судебныхъ установленій; если правоотношенія между сторонами, на почвѣ которыхъ возникъ споръ, входятъ въ сферу права гражданскаго, споръ этотъ, какъ споръ о правѣ гражданскомъ подвѣдомъ суду, если же, наоборотъ, правоотношенія эти относятся къ сферѣ публичнаго права, споръ подлежитъ рѣшенію администраціи (рѣш. общ. собр. 1903 г., № 34). Слѣдовательно, чтобы опредѣлить подсудность гражданскаго суда и ограничить его компетенцію отъ вѣдомства уголовнаго суда и администраціи, необходимо имѣть понятіе о гражданскомъ правѣ.

Вопросъ объ отличіи гражданскаго права отъ публичнаго слѣдуетъ разсматривать не съ исторической точки зрѣнія, т.-е. какъ образовалось это различіе, и не съ точки зрѣнія законодательной политики, т.-е. какъ нужно провести это различіе. Все сводится къ опредѣленію, гдѣ въ настоящее время проходитъ разграничительная линія, образовавшаяся, конечно, исторически, и подлежащая измѣненію во времени примѣнительно къ перестроенію общественной жизни.

Основаніе для различія частнаго права отъ публичнаго стремятся найти или въ самомъ содержаніи правоотношеній, или въ порядкѣ ихъ охраненія, другими словами,—отличительный признакъ видятъ или въ матеріальномъ, или въ формальномъ моментѣ.

II. Различіе по матеріальному моменту. Устанавливая предѣлы гражданскаго права съ точки зрѣнія матеріальнаго момента, принимаютъ во вниманіе различіе охраняемыхъ правомъ интересовъ. По опредѣленію Ульпіана, publicum jus est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet. Это воззрѣніе, несмотря на признанные недостатки, является наиболѣе распространеннымъ. Противоположеніе міра частныхъ, семейныхъ интересовъ общественнымъ интересамъ представляется каждому настолько естественнымъ, что имъ пользуются, какъ основаніемъ для различія между публичнымъ и частнымъ правомъ. Изъ русскихъ цивилистовъ этой точки зрѣнія придерживаются Малышевъ, Пахманъ, Васьковскій. На ту же точку зрѣнія сталъ Сенатъ, когда онъ призналъ неподлежащимъ вѣдѣнію гражданскаго суда искъ учителя къ земской управѣ о выдачѣ жалованья на время, когда тотъ не состоялъ больше учителемъ, а также искъ служащаго въ городскомъ управленіи о возвратѣ, въ виду увольненія, всѣхъ взносовъ въ пенсіонный

капиталъ,—на томъ основаніи, что уставъ о пенсіяхъ есть актъ публичный, что городъ является представителемъ общественной власти, органомъ, управляющимъ общественными дѣлами (кас. рѣш. 1909 г., № 68).

Указанный взглядъ подвергался не разъ сильной критикѣ. Въ самомъ дѣлѣ, гдѣ граница между частнымъ и общественнымъ интересомъ? Нельзя ли сказать, что общественные интересы охраняются настолько, насколько они имѣютъ въ виду обезпечить благоденствіе частныхъ лицъ, и, наоборотъ, что частные интересы охраняются настолько, насколько они согласуются съ задачами общества? Охраняя интересы отдѣльнаго лица, право имѣетъ своею цѣлью въ то же время охраненіе интересовъ всего общества. Если стать на точку зрѣнія степени важности охраняемыхъ интересовъ, большей или меньшей общности ихъ, то можно придти къ различію, не совпадающему съ установившимся дѣленіемъ права. Общественный интересъ организаціи канцеляріи округа путей сообщенія можетъ быть поставленъ ниже интереса организаціи акціонернаго товарищества, между тѣмъ первый вопросъ относится къ области публичнаго, а второй—къ области частнаго права. Порядокъ пріобрѣтенія земельнаго участка входитъ въ гражданское право, а порядокъ пріобрѣтенія чина или титула—въ публичное. Договоръ подряда или поставки между казною и частнымъ лицомъ входитъ въ сферу гражданскаго права, тогда какъ его общественное значеніе стоитъ внѣ сомнѣнія.

III. Различіе по формальному моменту. Съ точки зрѣнія формальнаго момента, публичное и частное право различаются смотря по тому, кому принадлежитъ иниціатива защиты нарушаемаго права, другими словами, обращается вниманіе не на то, что̀ защищается, а на то, какъ защищается, не на содержаніе охраняемыхъ интересовъ, а на порядокъ ихъ охраненія. Если эта защита возбуждается только по требованію лица, чье право нарушено, то мы имѣемъ дѣло съ частнымъ правомъ. Если же нарушеніе вызываетъ иниціативу со стороны самого государства, даже нерѣдко помимо и противъ воли потерпѣвшаго лица, то передъ нами область публичнаго права. Эта теорія, особенно выдвинутая германскимъ ученымъ Августомъ Тономъ, построена на различіи не тѣхъ интересовъ, которые охраняются правомъ, а тѣхъ средствъ, которыми эти интересы защищаются. Въ нашей литературѣ эта точка зрѣнія была принята Дювернуа и Муромцевымъ.

Въ пользу этой теоріи говоритъ то, a) что она построена на чисто юридическомъ началѣ, т.-е. на различіи юридическихъ средствъ, которыми охраняются жизненные интересы; b) что она находится въ полномъ соотвѣтствіи съ формальнымъ понятіемъ о правѣ, единственно вѣрнымъ; c) что она способна была бы дать безусловно точный отличительный признакъ. Ее нельзя опровергать тѣмъ, что она все свое вниманіе обращаетъ на патологическую сторону правовыхъ нормъ, т.-е. на случаи правонарушеній, потому что дѣйствительно юридическій характеръ нормъ раскрывается во всей своей силѣ именно въ моментъ ихъ нарушенія.

Но формальная теорія страдаетъ настолько существенными недостатками, что не можетъ быть принята. Во-первыхъ, она предполагаетъ, очевидно, что въ положительномъ правѣ имѣются точныя указанія, по чьей иниціативѣ охраняется каждая изъ дѣйствующихъ нормъ. Но во многихъ случаяхъ такого указанія не имѣется, а слѣдовательно разсматриваемая теорія оказывается недостаточною. Такихъ указаній не можетъ быть въ отношеніи нормъ обычнаго права. Такихъ указаній недостаетъ и нашимъ гражданскимъ законамъ, въ безпорядкѣ разбросаннымъ по всему Своду Законовъ. Не дается такое указаніе и при изданіи отдѣльнаго закона, не входящаго въ заранѣе опредѣленный отдѣлъ. Во-вторыхъ, противъ формальной теоріи можетъ быть выставлено то возраженіе, что встрѣчающееся въ законодательствѣ распредѣленіе иниціативы не соотвѣтствуетъ сложившемуся въ дѣйствительности различію между публичнымъ и гражданскимъ правомъ. Съ точки зрѣнія формальной теоріи, въ гражданское право должны бы войти нормы, опредѣляющія послѣдствія диффамаціи, клеветы, контрафакціи, кражи между супругами, между родителями и дѣтьми, личныя обиды и оскорбленія, неосторожное банкротство, потому что во всѣхъ этихъ случаяхъ иниціатива защиты нарушеннаго интереса предоставлена частному лицу.

IV. Установленіе различія. Такимъ образомъ слабая сторона формальной теоріи заключается въ томъ, что она не удовлетворяетъ требованіямъ догматики, хотя и претендуетъ на исключительно догматическое значеніе. Это заставляетъ возвратиться къ матеріальной точкѣ зрѣнія. Противоположность личности и общества, частной жизни и общественной дѣятельности сознается болѣе или менѣе всѣми. Въ сферѣ своихъ частныхъ интересовъ каждое лицо пользуется большою свобо-

дою,—отъ его воли зависитъ жениться или остаться холостымъ, оно по своему произволу копитъ богатство или проживаетъ все добытое трудомъ, устраиваетъ собственное хозяйство или входитъ въ чужое, оставляетъ свое достояніе дѣтямъ или постороннимъ или обществу. Кругъ этихъ отношеній составляетъ ближайшую обстановку лица, которая ему особенно дорога, которая ему несравненно ближе интересовъ общественныхъ, за которую оно готово бороться всѣми силами даже при полномъ индифферентизмѣ съ его стороны къ общественной жизни и дѣятельности, стоящихъ за стѣнами его домашняго очага. Можно ли законодателю не принять во вниманіе такого характера этихъ отношеній, не предоставить самому заинтересованному призывать защиту въ случаѣ правонарушенія, не остановить общественную власть предъ границами этого интимнаго круга? Вотъ почему инициатива защиты гражданскихъ правъ предоставлена только управомоченному лицу, вотъ почему въ гражданскомъ процессѣ установлено состязательное начало, въ силу котораго дѣйствія суда ставятся въ зависимость отъ требованій сторонъ, судъ обсуждаетъ только тѣ факты, которые были ему представлены заинтересованными лицами, не собирая самъ доказательствъ, присуждаетъ только то, что́ было потребовано, хотя бы оно было меньше должнаго. Не гражданское право заимствуетъ свой характеръ отъ гражданскаго процесса, а, напротивъ, гражданскій процессъ строится примѣнительно къ характеру охраняемыхъ имъ нормъ. Такимъ образомъ мы видимъ, что въ жизни невольно и отчасти безсознательно устанавливается противоположеніе частнаго и общественнаго. Наука не должна пренебрегать этой житейской точкой зрѣнія, если она не можетъ предложить взамѣнъ болѣе вѣрнаго и точнаго взгляда.

Итакъ, *гражданское право представляетъ собою совокупность юридическихъ нормъ, опредѣляющихъ частныя отношенія отдѣльныхъ лицъ въ обществѣ.* Слѣдовательно, область гражданскаго права опредѣляется двумя данными: 1) частныя лица, какъ субъекты отношенія, 2) частный интересъ, какъ содержаніе отношенія. Сюда входятъ личныя и имущественныя отношенія семьи, отношенія по владѣнію, пользованію и распоряженію движимыми и недвижимыми вещами, принадлежащими отдѣльнымъ лицамъ, цѣлый рядъ отношеній, возникающихъ изъ разнообразныхъ договоровъ, а также вслѣдствіе причиненія вреда чужимъ имущественнымъ интере-

самъ, отношенія, возникающія на почвѣ наслѣдованія имущества.

V. Имущественный характеръ гражданскаго права. Данное опредѣленіе соединено еще съ однимъ вопросомъ, который относится къ самому существу гражданскаго права и возбуждаетъ сомнѣніе въ наукѣ. Необходимо ли ограничить кругъ частныхъ отношеній, составляющихъ область гражданскаго права, сферою однихъ только имущественныхъ интересовъ, или же слѣдуетъ включить въ эту область всевозможныя правоотношенія, если только за ними будетъ признанъ частный характеръ? Другими словами, должно ли понимать подъ гражданскимъ правомъ только частно-имущественное право или также частно-личное, т.-е. отношенія, возникающія вслѣдствіе брака между членами семейнаго союза? Такъ, по мнѣнію Мейера, «имущественныя права имѣютъ самостоятельный характеръ, рѣзко отличающій ихъ отъ другихъ правъ, и слѣдовательно должна быть особая самостоятельная наука объ имущественныхъ правахъ, которую мы и называемъ гражданскимъ правомъ. Если характеристическая черта всѣхъ учрежденій семейственнаго союза чужда сферѣ гражданскаго права, то по строгой послѣдовательности должно сказать, что учрежденіямъ этимъ и не мѣсто въ системѣ гражданскаго права. Къ нему относится лишь имущественная сторона семейственныхъ отношеній; другія же стороны должны быть разсматриваемы только по мѣрѣ надобности для уразумѣнія имущественной стороны». Поэтому Мейеръ предлагалъ отнести ученіе о бракѣ и его послѣдствіяхъ къ каноническому (гражданскій бракъ?), а ученіе о родительской и опекунской власти—къ государственному праву. Этотъ взглядъ Мейера на содержаніе гражданскаго права создался подъ вліяніемъ Савиньи и Пухты. Цитовичъ пытался согласовать воззрѣніе на гражданское право, какъ на право распредѣленія, съ возможностью включить въ его составъ и личныя семейныя отношенія. Нѣсколько иначе подошелъ къ этому вопросу извѣстный русскій юристъ и публицистъ Кавелинъ. Признавая, что гражданское право въ его современномъ видѣ представляетъ собою «ветхую храмину», въ которой гнѣздятся всевозможныя противорѣчія и несообразности, Кавелинъ задался цѣлью перестроить все зданіе. Предлагаемая имъ реформа должна состоять въ исключеніи изъ настоящаго гражданскаго права всѣхъ личныхъ правоотношеній и во включеніи въ его составъ изъ другихъ отдѣловъ системы

права разбросанныхъ теперь повсюду юридическихъ отношеній между лицами по имуществу. Отрицая возможность провести разграничительную черту между публичнымъ и частнымъ правомъ, Кавелинъ предлагалъ, независимо отъ этого признака, создать право, которое соединяло бы въ себѣ всѣ имущественныя отношенія, безразлично, частнаго или публичнаго характера. Соотвѣтственно тому, онъ соединяетъ въ одинъ отдѣлъ какъ весь современный имущественный составъ гражданскаго права, такъ и ученіе о податяхъ, налогахъ, пошлинахъ, акцизахъ, всевозможныхъ сборахъ, повинностяхъ, о пенсіи, эмеритурѣ, конфискаціи и денежныхъ взысканіяхъ. Этотъ крайній взглядъ Кавелина вызвалъ основательныя возраженія со стороны Муромцева. Въ самомъ дѣлѣ, предложенная Кавелинымъ конструкція страдаетъ существеннымъ недостаткомъ — отсутствіемъ объединяющаго начала въ отношеніяхъ, которыя должны составить содержаніе особой науки. Имущественность есть признакъ не юридическій, а только экономическій.

Оставляя въ сторонѣ крайности Кавелина, слѣдуетъ отвергнуть взглядъ, который ограничиваетъ область гражданскаго права только частными имущественными отношеніями. Если мы придаемъ рѣшающее значеніе признаку частности въ противоположность публичности отношеній, то необходимо ставить семью, бракъ на одной сторонѣ съ собственностью, договоромъ, завѣщаніемъ, а не съ организаціей центральныхъ или мѣстныхъ органовъ управленія. Поэтому мы думаемъ, что семейное право, не только имущественное, но и личное, должно войти въ составъ гражданскаго права. Такъ смотритъ на этотъ вопросъ и наша практика, которая не отказываетъ въ охраненіи при посредствѣ гражданскаго суда личнымъ правамъ, возникающимъ изъ брака, какъ напр., въ искахъ одного супруга къ другому о выдачѣ ребенка (кас. рѣш. 1883, № 20), мужа къ женѣ о слѣдованіи въ мѣсто его постояннаго жительства (кас. рѣш. 1870, № 1145), о признаніи законности рожденія (кас. рѣш. 1879, № 236). Не мѣшаетъ только имѣть въ виду, что имущественныя отношенія играютъ преобладающую роль въ гражданскомъ правѣ и что личныя отношенія одарены нѣкоторыми юридическими особенностями сравнительно съ имущественными, именно меньшею степенью свободы распоряженія и неотчуждаемостью.

§ 2.

Методы гражданскаго правовѣдѣнія.

Литература: Шершеневичъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, в. I, §§ 18—24; Муромцевъ, *Очерки общей теоріи права*, 1877, стр. 1—202; *Опредѣленіе и раздѣленіе права*, 1879, стр. 4—20; *Что такое догма права*, 1885; Пахманъ, *О современномъ движеніи въ наукѣ права*, 1882 („Ж. гр. и уг. пр."); Гольмстенъ, *Этюды о современномъ состояніи науки права* („Юрид. изслѣд. и статьи", 1894, стр. 1—34); Новгородцевъ, *Историческая школа юристовъ, ея происхожденіе и судьба*, 1896; Думашевскій, *Наше правовѣдѣніе, что оно есть и чѣмъ оно должно быть* („Ж. М. Ю." 1857); Малышевъ, *Курсъ общаго гражданскаго права въ Россіи*. т. I, 1878, стр. 1—19; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 347—354; Петражицкій, *Введеніе въ кругъ политики права* („Кіев. Унив. Изв." 1896, №№ 8 и 10, 1897, № 9; Гредескулъ, *Соціологическое изученіе права* („Ж. М. Ю." 1900 № 10); Гредескулъ, *Къ вопросу о способахъ изученія права* („Ж. М. Ю." 1904, № 4); В. Гессенъ, *Возрожденіе естественнаго права* („Право", 1902, №№ 10 и 11).

I. Историческое направленіе. Гражданское право, поставленное на историческую почву, имѣетъ своею задачею изслѣдованіе тѣхъ историческихъ данныхъ, на которыхъ основывается современный гражданско-правовой порядокъ. Изучая извѣстный институтъ съ самаго его зарожденія въ правѣ даннаго народа, постепенныя измѣненія въ его судьбѣ, приходятъ къ открытію національнаго характера недвижимой собственности, семьи, опеки и т. п. Историческій пріемъ не ограничивается задачею выясненія историческаго развитія національныхъ институтовъ, но еще служитъ пособіемъ для систематическаго изученія дѣйствующаго права. Историческое изслѣдованіе, напр., необходимо, чтобы уяснить себѣ современное англійское право относительно недвижимой собственности, которая до сихъ поръ вполнѣ отражаетъ на себѣ средневѣковый феодальный строй; такое изслѣдованіе необходимо, чтобы понять современное русское право относительно наслѣдованія лицъ женскаго пола. Раскрывая особенности даннаго института въ исторіи извѣстнаго народа, историческій методъ предупреждаетъ возможность ошибокъ въ приложеніи къ національному праву теоретическихъ воззрѣній, несогласныхъ съ исторически выработавшимися воззрѣніями народа. Такимъ образомъ историческое изслѣдованіе составляетъ необходимое предварительное условіе для систематическаго изученія гражданскаго пра-

ва и для критики его съ точки зрѣнія законодательной политики.

Историческій пріемъ получилъ особенное примѣненіе благодаря вліянію такъ называемой исторической школы, во главѣ которой стоялъ германскій ученый Савиньи (1779 — 1861). Успѣхъ исторической школы и можетъ быть объясненъ главнымъ образомъ двумя обстоятельствами: крайностями предшествовавшей естественно-философской школы и общей реакціей, которая обнаружилась въ началѣ XIX в. противъ идей XVIII в. какъ въ политикѣ, такъ и въ поэзіи, философіи, наукѣ, искусствѣ. Восемнадцатое столѣтіе поставило вопросъ слѣдующимъ образомъ: если современный правовой порядокъ неудовлетворителенъ, то это объясняется историческими заблужденіями; а потому необходимо построить новый порядокъ, независимо отъ историческихъ данныхъ, на однихъ только раціональныхъ основаніяхъ. Но историческая дѣйствительность не оправдала апріорныхъ построеній, и мысль, утомленная безпочвеннымъ мечтаніемъ, обратилась къ выясненію образованія этой дѣйствительности. Вопросъ о томъ, какъ преобразовать право, перешелъ въ вопросъ, какъ образовалось право. Право, стала говорить историческая школа, не можетъ быть произвольно создано,— оно является результатомъ медленнаго, постепеннаго развитія общественной жизни народа, такъ же, какъ и языкъ его, нравы, политическія учрежденія. Поэтому историческая школа поставила вопросъ слѣдующимъ образомъ: задача науки заключается не въ измышленіи идеальнаго правового порядка, который не можетъ быть осуществленъ, потому что не связанъ и не вытекаетъ изъ народной жизни, а состоитъ въ изслѣдованіи историческихъ основаній даннаго права, для лучшаго уразумѣнія и примѣненія его нормъ. Къ сожалѣнію, историческое направленіе стало идеологическимъ обоснованіемъ реакціонныхъ теченій, направлявшихъ умы назадъ, въ глубь исторіи. Современныя задачи предлагалось забыть ради прошлаго.

И у насъ историческая школа нашла себѣ благопріятную почву. Съ 30-хъ годовъ XIX столѣтія, вплоть до судебной реформы, въ нашей литературѣ господствуетъ историческое направленіе, обращавшее ученыхъ къ изслѣдованію главнымъ образомъ древнѣйшей эпохи русскаго гражданскаго права. Успѣхъ этого направленія поддерживался правительственнымъ гоненіемъ на школу естественнаго права и поощреніемъ исторической школы, какъ отвлекающей взоръ отъ преобразованій

къ преклоненію передъ самобытностью. Благодаря этому направленію, мы имѣемъ цѣлый рядъ болѣе или менѣе цѣнныхъ изслѣдованій по исторіи гражданскихъ институтовъ, такъ напр., залога (Мейеръ), поручительства (Капустинъ), наслѣдованія (Никольскій, Бѣляевъ, Цитовичъ, Кавелинъ) и особенно работу Неволина «Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ», 1851 г., въ 3 томахъ.

II. Догматическое направленіе. Это направленіе имѣетъ своею цѣлью систематическое изложеніе нормъ гражданскаго права извѣстнаго народа въ данное время. Конечно, задача такого изученія чисто практическая—способствовать лучшему усвоенію и примѣненію въ жизни дѣйствующаго права. Матеріаломъ для догматики является все положительное право, выражается ли оно въ формѣ закона или обычая.

1. Прежде всего на догматикѣ лежитъ обязанность собрать разсѣянныя нормы права и раскрыть истинный смыслъ каждой изъ нихъ, выяснить цѣль и содержаніе, другими словами—истолковать нормы. Логическое значеніе правовыхъ нормъ таково же, какое придается аксіомамъ въ наукахъ теоретическихъ: какъ и аксіомы, правовыя нормы не подлежатъ обоснованію и доказыванію, а являются исходнымъ моментомъ для заключеній (Вундтъ). Сборники и комментаріи — таковы первые научные шаги въ исторіи правовѣдѣнія.

2. За этою описательною задачею, которая свойственна юриспруденціи такъ же, какъ ботаникѣ, зоологіи, этнографіи и другимъ наукамъ естествознанія, слѣдуетъ задача обобщенія. Разлагая содержаніе нормъ одну за другой на отдѣльныя представленія, можно замѣтить, что въ рядѣ нормъ повторяется одинъ и тотъ же элементъ. Экономія труда побуждаетъ вынести этотъ элементъ за скобки и разсмотрѣть его отдѣльно. Напр., не трудно подмѣтить, что множество правъ прекращается вслѣдствіе неосуществленія ихъ въ теченіе извѣстнаго времени. Этотъ элементъ обобщается и изучается отдѣльно въ видѣ исковой давности. Другой видъ обобщенія представляетъ нахожденіе юридическихъ принциповъ. Подъ именемъ юридическаго принципа понимается общая мысль, направленіе, вложенное законодателемъ, сознательно или безсознательно, въ цѣлый рядъ созданныхъ имъ нормъ. Такіе принципы нерѣдко устанавливаются самимъ законодателемъ, и преобладаніе ихъ въ законодательствѣ говоритъ въ пользу совершенства послѣдняго. Къ сожалѣнію, наше законодательство, напротивъ, ограничивается

установленіемъ отдѣльныхъ нормъ и только весьма рѣдко даетъ общія начала, какъ напр., никто по общему закону не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ ему принадлежащихъ (т. X ч. 1, ст. 574), или—владѣніе признается добросовѣстнымъ дотолѣ, пока не будетъ доказано, что владѣльцу достовѣрно была извѣстна его неправость (т. X, ч. 1, ст. 530). Поэтому задача обобщенія лежитъ у насъ всецѣло на теоретической и практической юриспруденціи. Таковы установленные ею принципы: принадлежность слѣдуетъ судьбѣ главной вещи (кас. рѣш. 1884, № 75); никто не можетъ подлежать отвѣтственности за такія дѣйствія, которыя онъ совершаетъ въ предѣлахъ своего права, хотя бы эти дѣйствія и причиняли кому-либо имущественную невыгоду (кас. рѣш. 1894, № 63); никто, безъ законныхъ къ тому основаній, не въ правѣ пользоваться безмездно чужимъ трудомъ или же присваивать себѣ выгоды отъ чужихъ дѣйствій (кас. рѣш. 1909, № 109).

3. Не ограничиваясь описаніемъ и обобщеніемъ, догматикъ задается цѣлью опредѣлить юридическія понятія, напр., право собственности, обязательство, договоръ и пр. Опредѣленіе основано также на обобщеніи. Выдѣляя группу отношеній, получившихъ одно наименованіе, напр., договорныхъ, и наблюдая всевозможные случаи ихъ проявленія, мы выдѣляемъ признаки, всѣмъ имъ свойственные, и соединяемъ ихъ въ одно. Однако, между юридическимъ принципомъ и юридическимъ опредѣленіемъ существуетъ глубокое различіе. «Юридическое опредѣленіе, по словамъ Муромцева, соозначаетъ сумму всѣхъ тѣхъ обстоятельствъ, съ совокупностью которыхъ связаны данныя юридическія послѣдствія, и сумму всѣхъ тѣхъ послѣдствій, которыя связаны съ этими обстоятельствами». Возьмемъ, напр., наслѣдованіе по завѣщанію. Мы имѣемъ сумму обстоятельствъ: смерть, наличность имущества, оставленіе умершимъ распоряженія, изъявленіе наслѣдникомъ согласія на принятіе. Соотвѣтственно тому выступаетъ сумма юридическихъ послѣдствій: пріобрѣтеніе правъ, входящихъ въ составъ имущества, отвѣтственность за долги наслѣдователя, соединеніе двухъ имуществъ. Юридическій принципъ есть результатъ анализа, юридическое опредѣленіе—результатъ синтеза. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ законодатель беретъ на себя обязанность дать опредѣленія, хотя задача эта ему не свойственна и должна быть возложена на науку права. Напр., нашъ законодатель опредѣляетъ право собственности, завѣщаніе. Такія опредѣленія безполезны въ

законодательствѣ, которое должно ограничиться установленіемъ болѣе или менѣе общихъ правилъ поведенія. Такія опредѣленія могутъ быть и вредны въ случаѣ неудачной формулировки— они могутъ задержать дальнѣйшее развитіе въ жизни правовыхъ нормъ. Нѣкоторыя опредѣленія установлены у насъ судебною практикою, напр., понятіе о состояніи, о доходѣ (кас. рѣш. 1890, № 40).

4. Далѣе законодательство каждаго народа, если оно выражено даже въ кодексѣ, весьма далеко отъ научной системы, да оно и не задается этою цѣлью. Кромѣ того, по мѣрѣ надобности, издаются различные законы, которые стоятъ особнякомъ, внѣ связи съ кодексомъ или сводомъ. Приведеніе всего этого матеріала въ порядокъ, соединеніе однородныхъ законовъ и выдѣленіе разнородныхъ частей составляютъ основную задачу догматики. Эта работа очень сложна тамъ, гдѣ, какъ въ Англіи, нѣтъ кодекса, а есть рядъ законовъ и судебныхъ рѣшеній и гдѣ при этомъ одинъ и тотъ же законъ содержитъ нерѣдко самыя разнообразныя постановленія; эта работа значительно упрощается тамъ, гдѣ народъ имѣетъ систематизированный кодексъ, какъ, напр., въ Германіи. Система, въ которой распредѣляется матеріалъ положительнаго права, тѣмъ совершеннѣе, тѣмъ болѣе достигаетъ своей цѣли—дать обобщенное знаніе, чѣмъ болѣе она удовлетворяетъ требованію постепенности въ раскрытіи понятій. Изучающій право въ системѣ знакомится прежде всего съ простыми юридическими отношеніями и затѣмъ постепенно переходитъ къ сочетаніямъ въ ихъ возрастающей сложности. При удачной систематизаціи все положительное право представляетъ собою стройное зданіе, со строгою пропорціональностью частей и удобствомъ расположенія. Такая система представляется чрезвычайно полезной для практики, потому что препятствуетъ возможности затеряться въ массѣ законодательныхъ подробностей. Въ привычномъ къ системѣ умѣ юриста всякій новый законъ легко найдетъ себѣ надлежащее мѣсто, даже цѣлый кодексъ размѣстится въ предѣлахъ хорошо извѣстной системы. Именно отсутствіе систематическаго научнаго образованія создаетъ въ лицахъ, пріобрѣвшихъ знаніе права путемъ механическаго заучиванія отдѣльныхъ законовъ, то упорное недоброжелательство ко всякому новому закону и особенно къ уложенію, которое составляетъ слишкомъ извѣстное и распространенное явленіе. Въ ихъ умѣ новый кодексъ производитъ цѣлый переворотъ, тогда какъ для

систематика онъ даетъ лишь новый матеріалъ, который свободно укладывается въ готовыя формы.

Догматическое изученіе гражданскаго права имѣетъ господствующее значеніе въ наукѣ права. Собственно система, обобщенія, опредѣленія вырабатывались до послѣдняго времени преимущественно на римскомъ правѣ, а затѣмъ прилагались къ отдѣльнымъ законодательствамъ, къ праву французскому, германскому, русскому. Но теоретическое построеніе системы гражданскаго права, установленіе опредѣленій различныхъ институтовъ, можетъ и должно быть исполнено независимо отъ римскаго права, на основаніи того болѣе богатаго матеріала, который содержится въ современныхъ законодательствахъ европейскихъ народовъ. Выработка теоріи на римскомъ правѣ освобождаетъ западныхъ юристовъ отъ вырабатыванія системы на почвѣ отечественнаго права. Такъ, французскіе юристы большею частью ограничиваются комментированіемъ французскаго гражданскаго кодекса, истолковываніемъ смысла отдѣльныхъ его постановленій, при чемъ все изслѣдованіе ведется въ законодательной, а не въ самостоятельно-научной системѣ. Но такое отдѣленіе системы отъ описанія порождаетъ большія неудобства на практикѣ, потому что при этомъ соединеніе системы съ матеріаломъ возлагается на самихъ практическихъ юристовъ.

У насъ догматическое направленіе въ гражданскомъ правѣ установилось со времени судебной реформы 1864 года, когда въ новыхъ судебныхъ учрежденіяхъ, которымъ воспрещено было останавливать рѣшеніе дѣлъ подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ, проявилась потребность въ систематизированномъ знаніи права, въ пониманіи сущности правовыхъ институтовъ, когда простое заучиваніе буквы закона оказалось уже недостаточнымъ при новыхъ условіяхъ. Спросъ на образованныхъ юристовъ, замѣнившихъ собою прежнихъ законовѣдовъ, долженъ былъ связать ближе науку права, въ ея догматической постановкѣ прежде всего, съ судебной практикой. Одно время, однако, во взглядахъ нашего Сената на значеніе науки права для судовъ обнаружилось отрицательное отношеніе къ такому сотрудничеству. По поводу рѣшенія Виленской судебной палаты, снабженнаго указаніями на ученія римскаго и французскаго права, Сенатъ счелъ нужнымъ обратить вниманіе на неумѣстность ссылокъ на начала «такъ называемой теоріи права» (кас. рѣш. 1891,

№ 62). Но въ новѣйшее время Сенатъ самъ счелъ умѣстнымъ, при опредѣленіи присущихъ договору контокоррента свойствъ, обратиться къ тому опредѣленію, которое этому договору даетъ «наука права» (кас. рѣш. 1907, № 18), и сталъ ссылаться на «общія начала гражданскаго права» (кас. рѣш. 1908, № 107, по вопросу о зачетѣ).

III. Соціологическое направленіе. Гражданское правовѣдѣніе, постановленное на соціологическую почву, имѣетъ своею цѣлью изученіе законовъ развитія гражданскаго права. Правовыя явленія составляютъ видъ явленій соціальной жизни, и въ этомъ качествѣ подлежатъ тому же методу изученія, какъ и другія общественныя явленія, принадлежащія къ области морали, религіи, культуры. Соціологія имѣетъ своею задачею изученіе законовъ, по которымъ происходятъ явленія общественной жизни. Какъ часть соціологіи, наука гражданскаго права должна подвергнуть своему изслѣдованію законы развитія того круга общественныхъ явленій, которыя извѣстны подъ именемъ частноправовыхъ отношеній. Но изъ этого не слѣдуетъ создавать особой науки, отдѣльной отъ соціологіи, а) потому что на первыхъ ступеняхъ исторіи различныя отрасли права еще не различаются, публичное не обособляется отъ частнаго, гражданское отъ уголовнаго, b) потому что на первыхъ ступеняхъ исторіи право очень слабо отличается отъ религіи, морали, обрядовъ. Предметомъ соціологическаго изученія могутъ быть всѣ вообще правовыя отношенія совмѣстно съ другими общественными явленіями, но это составляетъ задачу соціологіи, а не правовѣдѣнія, что́ не мѣшаетъ послѣднему пользоваться выводами первой. Тѣмъ менѣе можно говорить о совершенномъ вытѣсненіи изъ правовѣдѣнія соціологическимъ направленіемъ догматическаго изученія, въ пользу котораго говорятъ потребности общественной жизни.

Матеріаломъ для соціологическаго изученія является не право одного какого-либо народа въ его современномъ (догматическое направленіе) или историческомъ видѣ (историческое направленіе), но правовыя явленія всѣхъ народовъ и во всѣ времена ихъ жизни. Задачу собиранія и разъясненія этого матеріала выполняетъ сравнительное правовѣдѣніе. Соціологическое направленіе имѣетъ своею цѣлью раскрыть тѣ общественныя условія, которыя вызвали къ жизни существованіе даннаго института и при наличности которыхъ институтъ всегда появится, а также обнаружить первичную его форму и выяснить

постепенное измѣненіе подъ вліяніемъ общественныхъ силъ, съ установленіемъ, въ видѣ научнаго закона, правила, въ какую сторону должны измѣнять развитіе даннаго института данныя силы. Такъ, напр., необходимо выяснить, составляетъ ли бракъ общее явленіе, и если да, то какія общественныя условія вызвали его; затѣмъ разсмотрѣть различныя формы брака,— гетерическую, групповую, патріархальную, поліандрію, полигамію, моногамію,— установить ихъ преемственную связь и зависимость отъ всѣхъ прочихъ общественныхъ условій народной жизни. Къ сожалѣнію, слѣдуетъ признать, что въ этомъ отношеніи еще очень мало сдѣлано и почти никакихъ законовъ не открыто. Впрочемъ, это не говоритъ еще противъ вѣрности и полезности самаго направленія, а скорѣе обусловливается небольшимъ числомъ ученыхъ, посвящающихъ себя этой дѣятельности, и незначительностью успѣховъ самой соціологіи, за которою только и можетъ слѣдовать правовѣдѣніе.

Въ нашей литературѣ соціологическое направленіе было особенно выдвинуто Муромцевымъ, который предложилъ различать общее гражданское правовѣдѣніе, какъ науку, изучающую законы развитія гражданскаго права, и гражданско-правовую политику, какъ искусство, устанавливающее правила и пріемы, которыми должны руководиться законодатель и судья. Въ послѣднее время на сравнительно-исторической основѣ задуманъ и начатъ курсъ гражданскаго права Гамбарова.

IV. Критическое направленіе. Критическое направленіе имѣетъ своею цѣлью, на основаніи историческаго, догматическаго и соціологическаго изслѣдованій, представить соображенія о томъ, насколько дѣйствующія нормы отвѣчаютъ потребностямъ времени и мѣста, какія измѣненія слѣдовало бы сдѣлать въ существующемъ гражданскомъ порядкѣ, въ цѣломъ или въ отдѣльныхъ его частяхъ. «Каждый народъ, въ которомъ не погасла искра жизни, говоритъ Малышевъ, естественно, заботится объ улучшеніи и усовершенствованіи своего права, о приспособленіи и реформахъ въ той или другой части законодательства». Критика гражданскаго законодательства имѣетъ особенно важное значеніе въ Россіи, которая лишена новаго гражданскаго кодекса, а живетъ подъ дѣйствіемъ старинныхъ указовъ, механически сведенныхъ въ одно и кое-какъ связанныхъ вставками иностраннаго теоретическаго происхожденія. Критика можетъ быть направлена на указаніе несоотвѣтствія дѣйствующаго права съ историческими его основами или на

несоотвѣтствіе его новѣйшимъ потребностямъ общества или нравственному сознанію послѣдняго, на противорѣчія въ отдѣльныхъ постановленіяхъ, на невыдержанность принциповъ. Богатымъ матеріаломъ для критики является западное законодательство въ тѣхъ своихъ частяхъ, которыми оно стоитъ на уровнѣ новѣйшихъ правовыхъ воззрѣній, и которыя могутъ послужить образцомъ, достойнымъ подражанія. Пользованіе иностранными законодательствами можетъ имѣть и догматическую цѣль—при сходствѣ институтовъ разъяснить отечественное право болѣе подробными положеніями чужихъ кодексовъ. Нашей практикѣ случается обращаться къ западнымъ кодексамъ для лучшаго уясненія русскаго права, напр., по вопросу о юридической силѣ пари (кас. рѣш. 1883, № 57). Такое сравнительное изученіе современныхъ законодательствъ, съ цѣлью сопоставленія ихъ съ отечественнымъ правомъ, въ видахъ выясненія и улучшенія послѣдняго, не слѣдуетъ смѣшивать съ сравнительнымъ правовѣдѣніемъ, которое ставитъ своею цѣлью, путемъ сравненія права различныхъ народовъ на разныхъ ступеняхъ культуры, выяснить общіе законы развитія права. Понятно, что критическое отношеніе къ дѣйствующему праву, необходимое для законодателя, должно быть совершенно чуждо суду, который не призванъ измѣнять право, а только примѣнять его.

Къ сожалѣнію, ученые цивилисты слишкомъ пренебрегаютъ критическимъ пріемомъ и ограничиваются комментированіемъ и систематизированіемъ существующаго права безъ указанія его недостатковъ и желательныхъ въ немъ измѣненій. Сравненіе въ этомъ отношеніи науки гражданскаго права съ другою чисто юридическою наукою, уголовнымъ правомъ, далеко не говоритъ въ пользу первой. Криминалисты давно прибѣгаютъ къ критическому пріему и, благодаря тому, являются несравненно болѣе подготовленными къ законодательной дѣятельности, нежели цивилисты. Законодатель, широко пользующійся совѣтами и указаніями науки уголовнаго права, остается безпомощнымъ въ области гражданскаго права, предоставленъ своимъ собственнымъ силамъ, практическимъ знаніямъ и житейскому опыту.

Сторонникомъ критическаго направленія у насъ является Петражицкій, настаивающій на построеніи, рядомъ съ догмой права, науки политики права, какъ особой дисциплины, служащей прогрессу и усовершенствованію существующаго правопорядка путемъ научной, методической и систематической раз-

работки соотвѣтственныхъ проблемъ. Исходя изъ того, что право есть психическій факторъ общественной жизни, Петражицкій видитъ задачи политики права: 1) въ раціональномъ направленіи индивидуальнаго и массоваго поведенія посредствомъ соотвѣтственной правовой мотивації, 2) въ совершенствованіи человѣческой психики, въ очищеніи ея отъ злостныхъ, антисоціальныхъ склонностей, въ насажденіи и укрѣпленіи противоположныхъ склонностей. Миссія будущей науки политики права состоитъ въ сознательномъ веденіи человѣчества въ томъ же направленіи, въ какомъ оно двигалось до сихъ поръ путемъ безсознательно-эмпирическаго приспособленія. Хотя Петражицкій и говоритъ о возрожденіи естественнаго права, но самъ же отграничиваетъ политику права отъ естественнаго права по научнымъ посылкамъ и научному методу, которыхъ лишено было направленіе XVII и XVIII вѣковъ. Гражданско-правовая политика ставитъ вопросъ такъ: въ противоположность дѣйствующимъ въ данный моментъ нормамъ права должны быть, согласно новымъ условіямъ времени и мѣста, установлены такія-то нормы, какъ наиболѣе отвѣчающія обнаруженнымъ потребностямъ и этическимъ воззрѣніямъ. Напротивъ, естественное право стараго времени ставило научный вопросъ слѣдующимъ образомъ: въ противоположность дѣйствующимъ въ данный моментъ нормамъ, должны быть введены такія-то нормы, независимыя отъ случайностей времени и мѣста и вытекающія изъ неизмѣнныхъ условій общежитія и природы человѣка. Да и теперь еще нѣкоторые ученые признаютъ единое и неизмѣнное естественное гражданское право; такого взгляда придерживается, напр., французскій цивилистъ Пляньоль. Насколько общи соціальныя условія существованія современныхъ образованныхъ народовъ, настолько возможно единство гражданско-правовой политики.

Въ нашемъ изложеніи мы будемъ придерживаться главнымъ образомъ догматическаго направленія, какъ наиболѣе соотвѣтствующаго учебнымъ и практическимъ цѣлямъ судебной дѣятельности. Историческій элементъ будетъ введенъ лишь настолько, насколько это необходимо для уясненія дѣйствующаго права.

§ 3.

Литература и пособія.

Литература: Шершеневичъ, *Наука гражданскаго права въ Россіи*, 1893.

Литература русскаго гражданскаго правовѣдѣнія не велика, потому что вообще правовѣдѣніе въ Россіи не имѣетъ историческихъ корней въ русской жизни. Слѣдуя моднымъ направленіямъ западной юриспруденціи, русскіе юристы предались въ началѣ прошлаго столѣтія естественному праву, потомъ углубились въ историческія изслѣдованія. Только судебная реформа 1864 года выдвинула жизненную потребность въ догматическихъ работахъ.

Сочиненій, посвященныхъ систематическому обзору русскаго гражданскаго права, сравнительно немало, но, къ сожалѣнію, немного доконченнаго.

Среди курсовъ, имѣющихъ значеніе и для настоящаго времени, видное мѣсто занимаетъ *Мейеръ* «Русское гражданское право»—лекціи, читанныя сначала въ Казанскомъ, потомъ въ С.-Петербургскомъ университетѣ. Лекціи эти не были изданы при жизни самимъ Мейеромъ, а появились послѣ его смерти въ изданіи его учениковъ (въ 1858—1859 г.). Въ послѣднее время устарѣвшія по законодательному матеріалу, лекціи были вновь изданы профессоромъ С.-Петербургскаго университета Гольмстеномъ (послѣднее изданіе 1910 г.). Курсъ Мейера представляетъ собою полное изложеніе русскаго гражданскаго права. Система курса—пандектная: общая часть, вещное, обязательственное, семейное и наслѣдственное права, при чемъ послѣдній отдѣлъ несоразмѣрно малъ. Изложеніе Мейера легкое и изящное. Содержаніе пропитано интересомъ къ бытовой сторонѣ юридическихъ отношеній и проникнуто гуманнымъ характеромъ, цѣнность котораго усиливается съ точки зрѣнія исторической перспективы. Курсъ Мейера можетъ и теперь служить педагогическимъ цѣлямъ, быть пособіемъ при изученіи русскаго гражданскаго права.

Вторымъ по времени является *Побѣдоносцевъ* «Курсъ гражданскаго права», въ 3 томахъ. Начало курса относится къ 1868 году, послѣднее изданіе 1896 года. Первый томъ содержитъ вотчинныя права, второй—семейное и наслѣдственное,

третій—обязательственное право. Авторъ обѣщалъ еще общую часть, но она не появилась, такъ что курсъ остался неоконченнымъ. Въ противоположность учебнику Мейера, курсъ Побѣдоносцева имѣетъ задачею удовлетворить потребностямъ практики. Авторъ даетъ въ своемъ курсѣ историческое освѣщеніе институтамъ гражданскаго права и сопоставляетъ русское право съ западными. Спокойный и тонкій анализъ, безстрастное изложеніе, упорный консерватизмъ въ вопросахъ законодательной политики—таковы отличительныя черты Побѣдоносцева, какъ ученаго. Наиболѣе слабою стороною является теоретическая—авторъ избѣгаетъ опредѣленій и конструкцій. Зато въ рѣшеніи отдѣльныхъ вопросовъ русскаго права авторъ можетъ служить педагогическимъ образцомъ. Слѣдить за авторомъ въ его заключеніяхъ и такимъ путемъ пріобрѣтать способность къ самостоятельнымъ юридическимъ рѣшеніямъ—такова главная польза, которую можно получить отъ чтенія этого курса. Наиболѣе цѣннымъ является первый томъ. Литературныя указанія въ послѣднихъ изданіяхъ не пополнены и потому мало пригодны.

Въ 1879 году *Кавелинъ* издалъ «Права и обязанности по имуществамъ», и это сочиненіе, дополняемое «Очеркомъ юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ семейнаго союза» 1884 г. и «Очеркомъ юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ наслѣдованія имущества», 1885 г. составляетъ какъ бы полное систематическое изложеніе русскаго права. Однако, въ то время, какъ «Очерки» имѣютъ учебное значеніе, «Права и обязанности» представляютъ собою попытку оправданія теоретическихъ воззрѣній Кавелина на сущность гражданскаго права и педагогическимъ цѣлямъ вовсе не отвѣчаютъ.

Неоцѣнимое значеніе для практиковъ представляетъ собою *Анненковъ* «Система русскаго гражданскаго права», которая однако, по характеру своему, скорѣе должна быть признана комментаріемъ. Сочиненіе состоитъ изъ 6 томовъ, вышедшихъ нынѣ вторымъ изданіемъ. Авторъ съ поразительною детальностью изслѣдуетъ каждый вопросъ, давая цѣльные готовые отвѣты и не обходя трудностей. Для догматическихъ цѣлей авторъ выводитъ на свѣтъ источники, на которыхъ основываются дѣйствующіе законы. По каждому вопросу авторъ приводитъ мнѣнія и аргументы всѣхъ русскихъ ученыхъ съ подробностью, нерѣдко излишнею и утомительною. Какъ справочная книга, «Система» Анненкова—незамѣнима. Къ слабымъ сторонамъ этого сочине-

нія относится крайне тяжелое изложеніе, которое совершенно лишаетъ его педагогическихъ достоинствъ. Нельзя не пожалѣть также, что авторъ для сравненій пользуется не французскимъ и германскимъ законодательствами, а второстепенными—итальянскимъ и саксонскимъ.

Полную противоположность Анненкову представляетъ проф. С.-Петербургскаго университета *Дювернуа* «Чтенія по гражданскому праву». Вышли т. 1 (4 изд. 1903 г.)—общая часть и т. II в. (1 изд. 1899 г.)—вещное право, в. 2, обязательственное право, общая часть (1901 г.). Изложеніе Дювернуа блестящее и увлекательное. Отдѣльныя мысли, отличающіяся оригинальностью, останавливаютъ на себѣ вниманіе. Но сочиненіе не имѣетъ ни педагогическихъ, ни практическихъ достоинствъ. Какъ учебное пособіе, оно неудовлетворительно, потому что не даетъ послѣдовательнаго изложенія предмета: передать прочитанное чрезвычайно затруднительно. А такъ какъ авторъ излагаетъ не все дѣйствующее право, а бросаетъ лишь отдѣльные штрихи, то усвоеніе русскаго гражданскаго права по этому сочиненію невозможно. Съ практической стороны непригодность «Чтеній» Дювернуа обнаруживается изъ того, что авторъ и не задается цѣлью разсмотрѣть сколько-нибудь подробно дѣйствующее право. Сочиненіе это представлятъ собою скорѣе рядъ послѣдовательныхъ монографій, стремящихся освѣтить съ научной стороны отдѣльные вопросы.

Съ педагогической стороны лучшимъ пособіемъ можетъ служить *Васьковскій*, «Учебникъ гражданскаго права», 2 выпуска. Сочиненіе, къ сожалѣнію, не окончено: первый выпускъ (1894) посвященъ общей части, второй (1896)—вещному праву. Изложеніе отличается поразительною легкостью: простымъ и живымъ языкомъ авторъ излагаетъ самые сложные вопросы гражданскаго права, значительно облегчая тѣмъ изучающему и безъ того трудную задачу усвоенія предмета. Авторъ весьма удачно соединяетъ въ сжатомъ изложеніи теорію, сравненіе съ западными законодательствами и русское право. Литературныя указанія имѣются въ достаточномъ изобиліи. При краткости, учебникъ не можетъ служить практическимъ задачамъ, подобно труду Анненкова.

Изъ неоконченныхъ произведеній слѣдуетъ указать на *Малышева*, «Курсъ общаго гражданскаго права въ Россіи», т. I, 1878 и *Цитовича*, «Курсъ русскаго гражданскаго права», т. I, 1878. Оба курса дальше введенія не пошли. Малышевъ даетъ

подробнѣйшія литературныя указанія, а приложеніе къ т. I вышедшее въ 1880 г., представляетъ собою систематическій сводъ гражданскихъ законовъ и обычнаго права Россіи. Цитовичъ въ своемъ введеніи посвящаетъ все свое вниманіе вопросу объ источникахъ права.

Въ 1907 году вышло «Русское гражданское право» проф. Кіевскаго, нынѣ Московскаго, университета *Гуляева* (2-е изд. 1911). Научная характеристика этого произведенія дается самимъ авторомъ, который, «предполагая теоретическія положенія права извѣстными своимъ слушателямъ, изучившимъ римское право, ограничился изложеніемъ отечественнаго законодательства, не прибѣгая къ утомительному (!) воспроизведенію теоретическихъ ученій». Чтеніе курса становится дѣйствительно утомительнымъ вслѣдствіе снабженія его огромной дозой проекта гражданскаго уложенія, не имѣющей ни теоретическаго, ни практическаго значенія.

Новѣйшее произведеніе русской цивилистической литературы,—*Гамбаровъ*, «Курсъ гражданскаго права», т. I, 1911, содержащій въ себѣ общую часть. Курсъ задуманъ на широкихъ началахъ: «предметъ курса есть не русское, а общее гражданское право, насколько оно получается въ осадкѣ развитія его отдѣльныхъ институтовъ и доктринъ у всѣхъ народовъ, стоящихъ въ болѣе или менѣе сродныхъ началахъ». Курсъ представляетъ значительный интересъ съ точки зрѣнія примѣненнаго авторомъ сравнительно-историческаго метода. Къ сожалѣнію, хотя авторъ удѣляетъ въ предисловіи немало вниманія соціальной юриспруденціи, но именно эта сторона въ курсѣ наименѣе затрогивается. Поэтому курсу Гамбарова трудно сдѣлаться «школой для юристовъ», такъ какъ они не научаются, какъ надо обращаться съ матеріаломъ положительнаго права, и не получаютъ освѣщенія правовыхъ институтовъ съ точки зрѣнія ихъ соціальныхъ цѣлей. Нѣкоторая расплывчатость изложенія и монотонность едва ли будутъ способствовать «популярности» гражданскаго права, какъ это хотѣлось бы автору. Главный теоретическій недостатокъ курса—его эклектичность; въ немъ видны научныя наслоенія разнаго времени, плохо уживающіяся другъ съ другомъ. Штаммлеръ никакъ не можетъ найти себѣ мѣста рядомъ съ Іерингомъ.

Систематическое изложеніе русскаго гражданскаго права имѣется и на иностранныхъ языкахъ. Таковы: *Lehr*, Elements de droit civil russe, 2 тома, 1877—1890, *Todaro della Gallia*,

Istituzioni di diritto civile russo, 1894; *Von Veh*, Ueberblick über das russische Privatrecht (энциклопедія Гольцендорфа). Всѣ эти работы не имѣютъ значенія для русской читающей публики.

По исторіи русскаго гражданскаго права до сихъ поръ остается незамѣнимымъ *Неволинъ*, «Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ», 1851, 3 тома. Для орієнтированія въ литературѣ русскаго гражданскаго права можетъ служить моя работа «Наука гражданскаго права въ Россіи», 1893. Подробный перечень всей русской литературы, не исключая газетныхъ статей, даютъ *Новорінскій*, «Систематическій указатель русской литературы по гражданскому праву», 2 изд., 1904 г., и *Никоновъ*, «Гражданское право. Указатель литературы», 1904 г.

При огромномъ объемѣ Свода Законовъ и разбросанности нашихъ гражданскихъ законовъ, немаловажное значеніе имѣетъ трудъ *Гожева* и *Цвѣткова*, «Сборникъ гражданскихъ законовъ», 3 тома—теперь значительно устарѣлъ.

При бѣдности содержанія нашихъ гражданскихъ законовъ практика Правительствующаго Сената имѣетъ большое значеніе. Знакомство съ огромнымъ подлиннымъ матеріаломъ затруднительно и этимъ объясняется большой спросъ на изданія т. X, ч. I, снабженныя положеніями, извлеченными изъ рѣшеній гражданскаго кассаціоннаго департамента. Таковы изданія т. X, ч. I *Арефы, Боровиковскаго, Гаугера* и *Тютрюмова*, т. XI, ч. 2—*Носенко* и *Добровольскаго*.

Для ознакомленія съ правомъ важнѣйшихъ западныхъ законодательствъ можно указать слѣдующія пособія: 1) Для французскаго права—лучшимъ въ настоящее время руководствомъ по систематичности, ясности изложенія и интересности слѣдуетъ, несомнѣнно, признать *Planiol*, Traité élémentaire de droit civil, 3 тома; типичнымъ, въ духѣ французскихъ комментаріевъ, является *Baudry-Lacantinerie*, Précis de droit civil, 3 тома; въ духѣ нѣмецкихъ курсовъ составленъ *Aubry et Rau*, Cours de droit ciril français, 8 томовъ, изложенный по пандектной системѣ (посл. изд. съ 1897 года); 2) Для германскаго права—*Enneccerus*, *Kipp* и *Wolff*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, пока не законченъ; *Endemann*, Lehrbuch des deutschen bürgérlichen Rechts, 3 тома; *Cosack*, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2 тома (имѣется французскій переводъ); *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, 5 томовъ; *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts,

т. I—IV, 1900—1908; 3) Для англійскаго права—*Stephen*, New Comméntariés of the Law of England, 4 тома; *Jenks*, A Digest of English civil law, 6 вып., 1905—1912; на французскомъ языкѣ—*Lehr*, Eléments de droit civil anglais, 2 изд. 1906; на нѣмецкомъ—*Schirmeister*, Das bürgerliche Recht Englands, 5 выпусковъ, 1905—1912.

§ 4.

Исторія гражданскаго законодательства на Западѣ.

Литература: Пахманъ, *Исторія кодификаціи гражданскаго права*, 2 тома, 1876.—Шершеневичъ, *Курсъ гражданскаго права*, в. 2, 1902 г. §§ 40—55. Для ознакомленія съ исторіей французскаго права въ хронологическомъ порядкѣ; Esmein, *Cours de l'histoire du droit français*, 3 изд. 1907 г.; въ систематическомъ порядкѣ—Viollet, *Histoire du droit civil français*, 3 изд. 1905. Для ознакомленія съ исторіей германскаго права; Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 5 изд. 1908 (въ хронологическомъ порядкѣ); Thudichum, *Geschichte des deutschen Privatrechts*, 1894 (въ систематическомъ порядкѣ). Для англійскаго права—Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, 6 томовъ, 1882—1883. Для итальянскаго права—Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano*, 3 изд. 1899.

I. Исходныя начала. Въ европейской цивилизаціи различаются три элемента, подъ вліяніемъ которыхъ она сложилась,—римскій, христіанскій и германскій. Естественно, что и на правѣ, какъ на одной изъ сферъ общественной жизни, должно было обнаружиться дѣйствіе этихъ факторовъ. Вліяніе христіанства обнаружилось преимущественно на семейномъ правѣ, германское вліяніе—на поземельномъ и наслѣдственномъ правѣ, римское—на обязательственномъ. Разсмотримъ каждый изъ указанныхъ элементовъ въ отдѣльности.

1. Если ошибочно было распространенное до Савиньи мнѣніе, будто римское право съ VI вѣка потеряло совершенно свое значеніе и примѣненіе, то все-таки остается вѣрнымъ, что вліяніе его было довольно ограничено до реценціи. Это было право, которымъ руководствовалась одна часть общества, образовавшагося на развалинахъ римской имперіи,—побѣжденное населеніе, давно привыкшее къ римской культурѣ и римскому праву. Побѣдоносные варвары, разрушившіе памятники науки и искусства, оставили неприкосновеннымъ римское право. Варвары, образовавшіе новыя государства въ Галліи и Испаніи,

не только сохранили силу за существовавшими источниками римскаго права, но еще сами способствовали собиранію ихъ для пользы туземнаго населенія. Эти сборники извѣстны подъ именемъ *Leges romanae*, изъ которыхъ наиболѣе выдается сборникъ, составленный въ вестготскомъ государствѣ при Аларихѣ II, въ 506 году, Lex Romana Visigothorum или Breviarium Alarician um. Въ основаніе этого памятника положены частные сборники гермогеніанскій и грегоріанскій, Codex Theodosianus, а также литературныя произведенія, Institutiones Гая и Sententiae receptae Павла. Breviarium Alaricianum (названіе XVI вѣка) служило единственнымъ средствомъ ознакомленія съ римскимъ правомъ вплоть до возобновленія въ XI вѣкѣ занятій этимъ предметомъ. Меньшее сравнительно значеніе имѣли Edictum Theodorici—сборникъ, составленный между 511 и 515 гг. для римскаго и германскаго населенія остготскаго государства, Lex Romana Burgundionum, иначе Papian, составленный около 517 г. въ Бургундскомъ государствѣ. По окончательномъ разселеніи народовъ и образованіи новыхъ государствъ обнаружилось, что римское право особенно укрѣпилось въ южной Франціи и средней Италіи. Нравственное вліяніе его пока было незначительно, во-первыхъ, потому, что германцы еще не достигли той степени общественнаго развитія, на которой принципы римскаго права совпадали бы съ ихъ міровоззрѣніемъ, и, во-вторыхъ, потому, что западному міру не было еще извѣстно римское право въ его послѣдней отдѣлкѣ, въ формѣ юстиніановскаго законодательства.

Римское вліяніе на современныя намъ законодательства и юриспруденцію имѣетъ свои корни не въ этихъ остаткахъ, а въ томъ увлеченіи римскимъ правомъ, которое появилось позднѣе и извѣстно подъ именемъ рецепціи римскаго права. Подъ этимъ именемъ понимается распространеніе вліянія юстиніановскаго законодательства на западѣ Европы съ конца XV, особенно въ XVI вѣкѣ, которое достигло признанія за нимъ силы положительнаго права. Это событіе въ исторіи права представляется въ высшей степени замѣчательнымъ и останавливаетъ на себѣ вниманіе. Законодательство одного народа, черезъ тысячу лѣтъ послѣ кодификаціи, усваивается другими народами при иныхъ бытовыхъ условіяхъ и при томъ послѣ упорной борьбы съ самимъ обществомъ, которое отстаивало свое національное право. Фактъ этотъ трудно согласуется съ представленіемъ о медленномъ образованіи права изъ національныхъ основъ, какъ

этому учила историческая школа. Безъ сомнѣнія, римское право было чуждо народному правосознанію германской націи въ тотъ моментъ, когда, по выраженію Іеринга, впервые постучало въ дверь Германіи.

Въ объясненіе этого поразительнаго явленія приводятъ обыкновенно слѣдующія *причины рецепціи*. Германскіе государи смотрѣли на себя, какъ на непосредственныхъ преемниковъ римскихъ императоровъ, а потому считали своею обязанностью покровительствовать римскому императорскому законодательству. Склонности государей европейскихъ къ римскому праву способствовало немало и то, что законодательство Юстиніана проникнуто монархическими тенденціями и въ немъ можно было найти много оправданій для проявившагося въ то время стремленія усилить верховную власть. Западная церковь, центромъ которой былъ римскій престолъ, также покровительствовала римскому праву, какъ продукту болѣе высокой духовной силы сравнительно съ памятниками варварскаго языческаго права. Ecclesia vivit lege romana—говорили въ то время, а при широкой судебной компетенціи, которая принадлежала церкви въ средніе вѣка, ей легко было проводить въ жизнь начала римскаго права. Римское право, какъ высоко развитое право и притомъ произведеніе одного изъ важнѣйшихъ народовъ древности, возбуждало научный интересъ и привлекало къ себѣ многихъ ученыхъ, что, несомнѣнно, стоитъ въ связи съ возрожденіемъ классицизма. Научныя занятія по римскому праву начались въ Италіи въ XII вѣкѣ и особенно усилились во Франціи въ XVI столѣтіи. Изученіе римскаго права, помимо научнаго интереса, соединялось съ выгодами, потому что знающіе его получали важныя мѣста, судебныя и административныя, достигали почестей, отличій и расположенія государей. Съ усиленіемъ королевской власти обнаружилось стремленіе устранить, или, по крайней мѣрѣ, ослабить народный элементъ въ судахъ. Назначаемые королевскою властью судьи, преимущественно знакомые съ римскимъ правомъ, естественно, примѣняли къ дѣламъ это послѣднее и такимъ путемъ проводили въ жизнь римскія начала. Наконецъ, и главное: успѣху римскаго права много способствовало измѣненіе экономическихъ отношеній, проявившееся въ началѣ новой исторіи и требовавшее регулированія со стороны болѣе совершеннаго права, чѣмъ прежнее національное. Римское право, съ его развитымъ обязательственнымъ правомъ, явилось наиболѣе подходящимъ

и устранило трудную задачу развитія и усовершенствованія отечественнаго права, связаннаго историческими формами.

Послѣдствія рецепціи римскаго права обнаружились во всей послѣдующей исторіи европейскаго права и до сихъ поръ не утратили своей силы. Признаніе за римскимъ правомъ значенія положительнаго права имѣло вліяніе на теоретическую и практическую юриспруденцію. Научная разработка права не шла далѣе положеній, признанныхъ римскимъ правомъ, какъ писаннымъ разумомъ. Все міровоззрѣніе юриста получило римскій отпечатокъ. Теоретическая цѣнность придавалась лишь тѣмъ принципамъ, которые согласовались съ римскими источниками. Въ практическомъ отношеніи это привело къ полному игнорированію національныхъ основъ права, которыя не получали дальнѣйшаго развитія. Рецепція, пріучивъ мысль къ постоянному пользованію готовыми положеніями, значительно и надолго ослабила самостоятельное творчество въ области права. Идеальный правовой порядокъ былъ найденъ, оставалось только раскрыть его смыслъ. Зато юристы-практики выработали въ себѣ тонкую юридическую технику, привыкли къ стройнымъ конструкціямъ и логическимъ выводамъ, которыхъ они не пріобрѣли бы на почвѣ національнаго права. Техника была выдвинута въ ущербъ творчеству. Естественно, что, при такомъ значеніи для юриспруденціи, римское право должно было оказать вліяніе и на законодательства европейскихъ народовъ. Дѣйствительно, не только отдѣльные законы, уставы, но издавались цѣлые гражданскіе кодексы, созданные на почвѣ скорѣе римскаго, чѣмъ народнаго права, какъ это обнаруживается, наприм., на французскомъ гражданскомъ кодексѣ 1804, саксонскомъ 1863, даже на первомъ проектѣ общегерманскаго гражданскаго уложенія, изданномъ въ 1888 и получившемъ характерную кличку «der kleine Windscheid». Такимъ образомъ можно сказать, что и до сихъ поръ римское право продолжаетъ свое дѣйствіе въ государствахъ, имѣющихъ кодексы, потому что оно вошло составною частью въ эти уложенія. Благодѣтельное значеніе рецепціи и ея вліянія на юриспруденцію обнаруживается въ томъ, что признаніе общихъ началъ права заставило забыть о національныхъ различіяхъ, а это обстоятельство воспрепятствовало во Франціи и Германіи полному торжеству партикуляризма и способствовало выработкѣ представленія объ общихъ началахъ для европейскихъ законодательствъ. Римское право, въ своемъ

объединяющемъ дѣйствіи, оказало такое же вліяніе на юриспруденцію и законодательство европейскихъ народовъ, какъ латинскій языкъ на ихъ науку.

2. Церковь проявила сильное воздѣйствіе на нравственную и умственную жизнь, на общественныя отношенія Европы. Все міровоззрѣніе среднихъ вѣковъ носитъ на себѣ церковный характеръ. «Философія вмѣстѣ съ наукою превратилась въ прислужницу богословія, этическое міросозерцаніе проникло идеалами монашескаго аскетизма, политическія теоріи приняли теократическій характеръ, и все это отразилось и въ преобладаніи церковной письменности съ ея житіями святыхъ, благочестивыми легендами и назидательными проповѣдями отреченія отъ міра и подчиненія церковному авторитету, и въ религіозномъ характерѣ, какимъ отмѣчены произведенія средневѣкового искусства» (Карѣевъ). Естественно, что и область права подверглась вліянію этой силы. Сначала, пока церковь не пріобрѣла еще политическаго могущества, вліяніе ея было чисто нравственнымъ: такъ, церковь силою своего духовнаго авторитета боролась противъ рабства, ордалій, судебнаго поединка, многоженства, легкости расторженія брачныхъ узъ. Позднѣе же, съ возвышеніемъ папской власти, церковь пріобрѣла и формальную возможность воздѣйствія на юридическій бытъ, главнымъ образомъ вслѣдствіе своей судебной власти. Первоначально подчиненіе церковному суду было добровольнымъ. Спорящіе весьма часто обращались къ духовному лицу за разрѣшеніемъ недоразумѣнія, что объясняется неудовлетворительностью свѣтскаго правосудія, равнодушіемъ верховной власти къ этой своей обязанности и ко вмѣшательству церкви въ эту сферу. Когда же церковь пріобрѣла политическое значеніе, она постаралась закрѣпить за собою судебную власть. Компетенція церкви постепенно все болѣе расширялась. Въ отношеніи лицъ власть ея распространялась на всѣхъ духовныхъ по всѣмъ дѣламъ, въ предметномъ отношеніи церковному суду подлежали дѣла, имѣющія какое-либо прикосновеніе къ религіи, а именно: вопросы о заключеніи и расторженіи брака, о личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ между супругами, между родителями и дѣтьми, о приданомъ, о наслѣдованіи, о завѣщаніи, вообще всякое дѣло, если только оно разсматривалось не только какъ правонарушеніе, но и какъ грѣхъ (quia peccatum est).

Такое положеніе дѣлъ потребовало установленія нормъ, ко-

торыми должна была руководствоваться церковь при разрѣшеніи всѣхъ этихъ споровъ. Въ этомъ отношеніи церковь не занялась выработкою самостоятельныхъ положеній, но примкнула къ римскому праву, только, согласно духу времени, придала ему своеобразный церковный отпечатокъ. Бывшіе первоначально въ употребленіи частные сборники каноническаго права замѣнились позднѣе офиціальнымъ сборникомъ, который былъ освященъ авторитетомъ папъ. Этотъ сборникъ получилъ съ XV вѣка (на Констанцскомъ и Базельскомъ соборахъ) названіе *Corpus juris canonici.* Онъ состоитъ изъ слѣдующихъ частей: a) Decretum Graciani представляетъ собою систематизированный сборникъ каноновъ, основанный на апостольскихъ правилахъ, постановленіяхъ соборовъ, отрывкахъ изъ отцовъ церкви, изъ римскаго права, изъ капитуляріевъ франкскихъ королей; онъ былъ составленъ въ половинѣ XII вѣка болонскимъ монахомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ преподавателемъ каноническаго права, Граціаномъ; b) Декреталіи папы Григорія IX (1227—1241); c) Liber sextus или собраніе декретовъ Бонифація VIII (1294—1393); d) Clementinae или собраніе декретовъ папы Климента V (1305—1314). Corpus juris canonici содержитъ въ себѣ очень много постановленій, относящихся къ гражданскому праву.

При той обширной юрисдикціи, которая была предоставлена церкви, она легко могла проводить свои взгляды на юридическій бытъ западныхъ народовъ. Болѣе всего обнаружилось вліяніе каноническаго права на брачное и вообще семейное право и здѣсь, послѣ упорной борьбы, церковь достигла торжества, измѣнивъ германскіе порядки. Церковь, стоя на почвѣ римскаго права, выдвинула идею о завѣщаніи, чуждую варварамъ, и открыла такимъ путемъ новый порядокъ перехода имуществъ. Въ области обязательственнаго права вліяніе церкви было менѣе значительно, но и здѣсь оно проявилось вслѣдствіе энергичнаго преслѣдованія процентовъ со стороны церкви. Оборотъ, который не въ состояніи былъ обойтись безъ роста, принужденъ былъ прибѣгать къ уловкамъ, чтобы избѣжать запрещеній церкви. Отсюда не мало формъ сдѣлокъ, объясняющихся почти исключительно этою цѣлью, какъ напр. коммандита, rente constitué, rente foncière. Наименьшее вліяніе церкви проявилось на вещномъ поземельномъ правѣ.

3. Германскія племена, вторгшіяся въ римскія владѣнія, сохранили за бывшими римскими гражданами возможность поль-

зоваться римскимъ правомъ, давъ имъ въ руководство Leges romanae. Вмѣстѣ съ тѣмъ германцы составили памятники своего народнаго права, въ отличіе отъ первыхъ называвшіеся *Leges barbarorum*. Каждое племя имѣло свой памятникъ права, таковы Lex Salica, Lex Ribuaria, Lex Wisigothorum, Lex Burgudinum, Lex Alomannorum, Lex Baiuwaiorum, Lex Frisionum и др. Сила каждаго изъ этихъ сборниковъ распространялась не на всѣхъ живущихъ въ предѣлахъ даннаго племени, а на всѣхъ принадлежащихъ къ племени, гдѣ бы они ни находились. Отсюда видно, что въ то время господствовалъ не территоріальный, а личный принципъ права. Романское населеніе жило подъ дѣйствіемъ своего права, германцы—своего, и притомъ каждое племя держалось отдѣльнаго права, такъ что случалось встрѣчать въ одномъ мѣстѣ нѣсколько лицъ, изъ которыхъ каждое было подчинено особому праву.

Къ составленію своихъ народныхъ сборниковъ германцы побуждены были прежде всего измѣненіемъ бытовыхъ условій при переселеніи и опасеніемъ, что при этомъ легко могутъ быть забыты обычаи отцовъ. Къ тому же могло существовать опасеніе, что народное германское право потеряетъ свою самобытность при соприкосновеніи съ римскимъ. Наконецъ, кодификація римскихъ законовъ не могла не послужить примѣромъ для кодификаціи германскаго права.

Leges barbarorum представляютъ собою сборники обычнаго права, слѣдовательно чисто народнаго, безъ всякаго воздѣйствія высшей власти. Однако, римское право успѣло оказать свое дѣйствіе на германцевъ, и на ихъ народныхъ памятникахъ отразилось отчасти и римское законодательство. Сборники составлялись или по требованію самого народа, какъ это, напр., было у салическихъ франковъ, или же по предложенію королей. Съ этою цѣлью избирались старѣйшія и наиболѣе свѣдующія въ обычаяхъ отцовъ лица, со словъ которыхъ записывались правила. Проектъ, составленный такимъ образомъ, прочитывался въ собраніи свободныхъ лицъ, которыя одобряли или требовали измѣненія редакціи. Составленіе сборниковъ начинается съ конца V столѣтія и особенно энергично ведется въ теченіе VI вѣка. Впослѣдствіи многіе изъ сборниковъ подвергались значительнымъ измѣненіямъ въ позднѣйшихъ редакціяхъ. Содержаніе Leges barbarorum составляетъ преимущественно уголовное право, регулированіе порядка мести, величины вознагражденія, которое должно было замѣнить послѣднюю. Соб-

ственно гражданскаго права сборники касаются мало не потому, что не существовало обычаевъ, но потому, что вновь образующееся общество, прежде всего, заинтересовано поддержаніемъ внутренняго мира, обезпеченіемъ личной безопасности и неприкосновенности.

Обычаи, которые легли въ основаніе этихъ сборниковъ и которые явились продуктомъ продолжительнаго до-государственнаго быта германцевъ, имѣли глубокое вліяніе на развитіе права западныхъ народовъ, составившихся изъ смѣшенія германскихъ элементовъ съ мѣстными. Обычаи, которые имѣли силу во Франціи до прошлаго столѣтія, составляли непосредственное продолженіе тѣхъ, которые закрѣплены были въ leges barbarorum; точно также Lex Wisigothorum, несмотря на неоднократныя измѣненія, содержитъ правила, которыя до сихъ поръ продолжаютъ сохранять свою силу въ Испаніи.

Въ противоположность leges barbarorum, въ эпоху Меровинговъ и Каролинговъ издаются *капитуляріи* (отъ дѣленія ихъ на главы—capita), какъ акты законодательной дѣятельности королей. Капитуляріи еще и тѣмъ отличались отъ leges, что были обязательны для всѣхъ, живущихъ на данной территоріи, тогда какъ leges, какъ мы видѣли, шли за предѣлы территоріи, допуская, въ свою очередь, дѣйствіе чужихъ правъ на своей территоріи.

Вскорѣ послѣ смерти Карла Великаго созданная имъ имперія распалась на части, которыя образовали собою современныя европейскія государства—Францію, Германію, Италію. Съ этого времени право развивается самостоятельно въ каждой изъ указанныхъ странъ. Разсмотримъ въ отдѣльности исторію законодательства въ важнѣйшихъ европейскихъ государствахъ.

II. Франція. Благодаря силѣ исторически сложившихся обстоятельствъ, Франція со времени Каролинговъ раздѣлилась на двѣ половины. Въ южной половинѣ, приблизительно до рѣки Лоары, гдѣ преобладалъ романскій элементъ населенія, сохраняло свое дѣйствіе римское право, и потому эта мѣстность называлась pays de droit écrit (страною писаннаго права), хотя римскіе законодательные памятники держались здѣсь силою только обычая. Сѣверная половина, въ которой преобладалъ германскій элементъ, называлась pays de droit coutumier (страною обычнаго права), потому что здѣсь имѣли примѣненіе германскіе народные обычаи. Несмотря на единство происхожденія, населеніе сѣверной Франціи не имѣло общаго обыч-

наго права, но находилось подъ дѣйствіемъ различныхъ мѣстныхъ обычаевъ. Съ усиленіемъ королевской власти съ XIII вѣка обычаи эти начинаютъ обобщаться. Вліяніе королей на объединеніе права обусловливается прежде всего установленіемъ однообразія въ судебной организаціи. Затѣмъ короли берутъ на себя задачу собиранія и выясненія мѣстныхъ обычаевъ, задачу, которая прежде выполнялась частными лицами. Такъ, Карлъ VII въ 1453 году издалъ повелѣніе, чтобы обычаи были записаны свѣдущими людьми и представлены ему для разсмотрѣнія и одобренія. Такое повелѣніе неоднократно повторялось слѣдующими королями, и въ теченіе XV и XVI столѣтія было дѣйствительно составлено нѣсколько сборниковъ мѣстныхъ обычаевъ.

Съ XVI вѣка развитіе права совершается главнымъ образомъ посредствомъ королевскихъ указовъ, извѣстныхъ подъ именемъ ордонансовъ. Такіе указы издавались и ранѣе королями (съ XII вѣка), но особенное значеніе они пріобрѣтаютъ съ XVI столѣтія. Значеніе ихъ въ исторіи права настолько велико, что дало основаніе германскому ученому Варнкёнигу сказать—«исторія ордонансовъ—это исторія Франціи». Въ исторіи ордонансовъ замѣчательны особенно два момента: третья четверть XVII столѣтія (Кольберъ) и вторая четверть XVII (д'Агессо). Ордонансы перваго періода касаются преимущественно торговаго права, какъ ордонансъ торговый 1673 и ордонансъ морской 1681 г., затѣмъ административнаго права, судоустройства и судопроизводства, какъ, напр., знаменитый актъ 1667 года, тогда какъ гражданское право мало ими затрагивается. Эта область привлекаетъ къ себѣ ордонансы въ сравнительно позднее время, какъ, напр., ордонансы 1731 о дареніяхъ, 1735 года о завѣщаніяхъ, 1747 о субституціяхъ и нѣкоторые другіе. Благодаря значенію королевской власти, котораго она достигла во Франціи ранѣе, чѣмъ въ другихъ странахъ, ея ордонансы вліяли на объединеніе французскаго права, разобщеннаго мѣстными обычаями.

На объединеніе права оказала немалое вліяніе также рецепція римскаго права, хотя она здѣсь не имѣла такого громаднаго значенія, какъ въ Германіи. Изученіе римскаго права по первоисточникамъ, съ исторической точки зрѣнія, особенно со времени школы XVI вѣка, во главѣ которой стояли Кюжа (Cujacius) и Доно (Donellus), проведеніе римскихъ воззрѣній легистами въ судебную практику—способствовали нѣкоторому

игнорированію мѣстныхъ обычаевъ и замѣнѣ ихъ общими началами римскаго права.

Несмотря на всѣ эти стремленія къ объединенію, на различныя измѣненія обычаевъ, единство въ правѣ не могло быть достигнуто, вслѣдствіе глубокой правовой розни между сѣверомъ и югомъ и разнообразія мѣстныхъ обычаевъ, вслѣдствіе неприкосновенности права, обѣщаннаго нѣкоторымъ провинціямъ (напр. Дофинэ) при самомъ присоединеніи ихъ къ Франціи, вслѣдствіе раздѣленія общества на сословія (дворяне, горожане), крѣпко придерживавшіяся привилегій, данныхъ имъ королями во время борьбы за власть. Только революція измѣнила положеніе дѣлъ, рѣзко порвавъ съ историческими традиціями и стремясь къ полному единству Франціи. Только съ этого времени явилась возможность созданія общаго для всей Франціи гражданскаго законодательства.

Послѣ неоднократныхъ неудачныхъ попытокъ, когда нѣсколько проектовъ было отвергнуто за то, что они слишкомъ придерживались историческихъ основъ, удалось при нѣкоторомъ упокоеніи возбужденныхъ умовъ достигнуть давно желанной цѣли. Коммиссія изъ 4 лицъ съ поразительною быстротою (въ четыре мѣсяца) выработала проектъ гражданскаго уложенія, въ обсужденіи котораго принялъ энергичное участіе самъ Наполеонъ I, тогда еще консулъ. Проектъ былъ обнародованъ сначала по частямъ, а потомъ въ 1804 г. въ цѣлости подъ именемъ Code civil. Названіе это было измѣнено въ 1807 году на Code Napoléon, когда Наполеонъ сталъ императоромъ, и впослѣдствіи, смотря по историческимъ обстоятельствамъ, названіе это неоднократно мѣнялось.

Несмотря на нѣкоторыя новыя начала, на новую форму, французскій кодексъ въ значительной степени стоитъ на исторической почвѣ. Матеріалами для составителей послужили прежніе мѣстные обычаи, ордонансы, римское право и даже французская научная литература, особенно труды знаменитаго юриста XVIII вѣка, Потье. Кодексъ пытался слить все это въ одно, замѣнить собою прежніе различные источники, которые потеряли свое юридическое значеніе по предметамъ, предусмотрѣннымъ въ уложеніи.

Система кодекса заимствована изъ римскаго права. Онъ дѣлится на три книги. Первая книга содержитъ постановленія о лицахъ (личное и семейное право), вторая говоритъ объ имуществахъ и различныхъ видоизмѣненіяхъ собственности (раз-

дѣленіе вещей, право собственности, сервитуты), содержаніе третьей книги составляютъ различные способы пріобрѣтенія права собственности (наслѣдованіе, дареніе, завѣщаніе, обязательства, средства обезпеченія, давность).

Въ оцѣнкѣ кодекса французскіе и германскіе ученые не сходятся. Первые, стоя на національной почвѣ, считаютъ это произведеніе французскаго ума своею гордостью, выставляютъ на видъ краткость и логичность выраженій, тонкость и точность понятій, достигнутое имъ правовое объединеніе Франціи, новыя идеи, положенныя въ его основу, и подражаніе всей Европы французскому образцу. Напротивъ, германскіе ученые, нерѣдко также съ національной точки зрѣнія, относятся враждебно къ французскому кодексу, указываютъ на его неполноту, поверхностность, механичность объединяющихъ началъ. Сами французы сознаютъ, впрочемъ, частные недостатки, но отстаиваютъ неприкосновенность кодекса въ цѣломъ видѣ, допуская лишь измѣненія отдѣльныхъ постановленій. Дѣйствительно, въ теченіе XIX вѣка многія части французскаго уложенія были измѣнены новыми законами, проникнутыми совершенно инымъ духомъ, и все же французы неохотно поддаются выдвинутой съ 1904 года мысли о переработкѣ всего кодекса. Офиціальнаго изданія кодекса не существуетъ съ 1816 года.

Каковы бы ни были слабыя стороны Code civil, онѣ не помѣшали широкому распространенію его по всей Западной Европѣ. Во многихъ странахъ онъ былъ принятъ цѣликомъ, какъ, напр., въ Бельгіи, въ Сардиніи, въ герцогствѣ Варшавскомъ, во многихъ германскихъ княжествахъ. Въ другихъ странахъ онъ былъ принятъ въ переработанномъ видѣ, напр. въ Испаніи, гдѣ даже новѣйшій кодексъ 1888 года остался на почвѣ французской, въ Италіи (уложеніе 1865 года). Его начала отразились на кодексахъ, не желавшихъ имѣть съ нимъ ничего общаго, какъ, напр., на саксонскомъ уложеніи 1863 года. Наконецъ, его вліяніе не прошло безслѣдно и въ отношеніи нашего Свода Законовъ.

III. Германія. Въ періодъ времени, слѣдующій за политическимъ обособленіемъ Германіи, прежніе источники права, Leges barbarorum и Capitularia, приходятъ въ забвеніе. Прямой отмѣны ихъ со стороны законодательной власти не было, но они сами собою вышли изъ употребленія, вслѣдствіе измѣнившихся бытовыхъ отношеній. Однако, народное право, которое внесено было въ Leges barbarorum, связанное со всею про-

шедшею жизнью германцевъ, понятно, продолжало дѣйствовать и развиваться далѣе. До XIII вѣка германское право остается чисто обычнымъ и неписаннымъ: оно живетъ въ сознаніи народа и выражается въ рѣшеніяхъ суда, въ которомъ участвуетъ народный элементъ.

Благодаря феодальному строю, все общество распадается на отдѣльныя группы, дѣлится на сословія, корпораціи и почти независимыя владѣнія. Отсюда обычное право лишено всякаго единства, разнообразится по мѣстности и сословіямъ. Этому особенно благопріятствуетъ разнообразіе судебной организаціи. Съ конца IX вѣка въ Германіи принципъ личныхъ правъ замѣняется принципомъ территоріальнымъ, право племенное превращается въ земское право. При партикуляризмѣ, преобладавшемъ въ то время въ Германіи, это обстоятельство повлекло за собою еще большее различіе въ обычаяхъ. Города, пользовавшіеся правомъ независимаго суда (иммунитетомъ), создавали, путемъ судебныхъ рѣшеній, городское право, отдѣльное для каждаго города. Оно обобщалось лишь настолько, насколько города вступали въ союзъ (напр., Ганза), колоніи слѣдовали праву метрополіи, вновь возникающіе города принимали уже сформированное право старыхъ, наиболѣе извѣстныхъ городовъ. Особеннымъ уваженіемъ на востокѣ пользовалось право города Магдебурга, которое получило распространеніе за предѣлами Германіи, особенно въ Польшѣ.

Въ XIII вѣкѣ появляются частные сборники мѣстныхъ обычаевъ. Выше всѣхъ такихъ произведеній стоитъ Саксонское Зерцало (Sachsenspiegel), составленное около 1230 года однимъ изъ судей, Эйке-фонъ-Репгау. Оно содержитъ въ себѣ саксонское земское и ленное право. Нѣсколько ниже по достоинству считается другой частный сборникъ—Швабское Зерцало (Schwabenspiegel), составленное около 1275 года неизвѣстнымъ лицомъ. Оба сборника имѣли громадный успѣхъ и широкое примѣненіе. Они приняты были судами въ руководство, комментировались глоссами, переводились на другіе языки. Собственно для леннаго права имѣлъ значеніе—частный сборникъ, составленный въ Болоньи въ XII вѣкѣ и извѣстный подъ именемъ Libri feudorum.

Отсутствіе такой сильной центральной власти, какъ во Франціи, не дало возможности собрать и объединить обычное право, а рецепція римскаго права надолго задержала развитіе германскаго права изъ народныхъ историческихъ началъ. Только въ

концѣ XVII вѣка поднимаются голоса противъ господства римскаго права въ пользу отечественнаго. Преобладаніе идей естественнаго права въ XVIII столѣтіи привело къ созданію кодексовъ, проникнутыхъ раціоналистическимъ духомъ. Таковы кодексы Пруссіи и Австріи. Въ концѣ XVIII столѣтія, въ 1794 году, въ Пруссіи вступаетъ въ силу кодексъ подъ именемъ «*Общее земское право прусскихъ провинцій*» (Allgemeines Landrecht für Preussischen Staaten). Прусское уложеніе имѣетъ въ своемъ основаніи германское народное и римское права, слитыя довольно искусно въ одно. Содержаніе его составляетъ преимущественно частное право, не только общее, но и особенное, ленное, какъ купеческое, горное. Но вмѣстѣ съ тѣмъ въ прусскомъ земскомъ правѣ нашло себѣ мѣсто и публичное право, не исключая и уголовнаго. Прусское уложеніе страдаетъ существенными недостатками. Считая юриспруденцію совершенно лишнимъ искусствомъ, вѣря во всемогущество законодателя, составители его стремились по возможности предусмотрѣть всѣ случаи. Отсюда получилась казуистичность постановленій и отсутствіе общихъ объединяющихъ началъ. Въ началѣ прошлаго столѣтія Австрія получила въ 1811 году *Общее гражданское уложеніе* (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch). Оно раздѣляется на 3 части, изъ которыхъ одна содержитъ постановленія о личныхъ (въ томъ числѣ и семейныхъ) правахъ, вторая — объ имущественныхъ правахъ, наконецъ, третья, мало связанная съ первыми, говоритъ о возникновеніи, измѣненіи, прекращеніи правъ и обязанностей и о давности. Въ противоположность прусскому земскому праву, австрійское гражданское уложеніе избѣгаетъ казуистичности и стремится ограничиться общими принципами, которые нерѣдко представляются совершенно безсодержательными и безполезными для практики.

Такимъ образомъ, благодаря исторически сложившимся обстоятельствамъ, установившемуся разобщенію между составными частями Германіи, послѣдняя не обладала общими для всей страны источниками права. Каждая политически обособленная мѣстность имѣла свои источники. Въ однихъ государствахъ дѣйствовали кодексы новѣйшей формаціи, какъ, напр., въ Саксоніи или Пруссіи; въ другихъ имѣлъ силу французскій гражданскій кодексъ; въ третьихъ—источники старинные, какъ городскіе статуты или ленные уставы; въ иныхъ, наконецъ,— римское право въ объемѣ рецепціи. Мало того, въ одномъ и

томъ же мѣстѣ дѣйствовали совмѣстно нѣкоторые изъ указанныхъ источниковъ; такъ, рядомъ съ кодексами германскаго или французскаго происхожденія сохранили свою силу особенныя ленныя или городскія права, рядомъ съ новѣйшимъ уложеніемъ—римское право. Послѣднее играло въ Германіи двоякую роль: въ однѣхъ мѣстностяхъ оно составляло прямой, непосредственный, иногда даже единственный источникъ права, а во всей почти Германіи его значеніе было субсидіарное, т.-е. къ нему обращались въ случаѣ молчанія закона. Этимъ обстоятельствомъ объясняется особенное значеніе, которое придавалось въ Германіи изученію пандектъ, богатство литературы по римскому праву, сохранявшему до послѣдняго времени силу положительнаго права въ Германіи.

Разнообразіе и неопредѣленность источниковъ, многочисленность мѣстныхъ правъ должны были, естественно, возбудить мысль объ объединеніи гражданскаго права. Эта идея возникала въ Германіи во время сильнаго пробужденія національнаго чувства, послѣ народныхъ побѣдъ, обнаружившихъ значеніе соединенныхъ силъ. Такъ было послѣ низверженія Наполеона I, то же повторилось послѣ франко-прусской войны. Въ 1814 г. появилась брошюра Тибо «О необходимости общаго гражданскаго права для Германіи». Отвѣтъ не замедлилъ появиться. Въ томъ же году Савиньи въ брошюрѣ «О призваніи нашего времени къ законодательству и правовѣдѣнію» выступилъ противъ предложенія Тибо. Возраженія его основывались на недостаточной разработкѣ историческаго матеріала, на отсутствіи точнаго юридическаго языка и терминологіи, на сомнѣніи въ полезности вообще кодификаціи, какъ фактора, задерживающаго естественное развитіе права изъ народнаго сознанія. Если идея Тибо не получила осуществленія, то причиною тому были не убѣдительность брошюры Савиньи, а сепаратистскія тенденціи отдѣльныхъ германскихъ правительствъ, справедливо опасавшихся, что объединеніе на почвѣ права легко можетъ угрожать ихъ политической самостоятельности. Общество стояло на сторонѣ Тибо, и въ теченіе всего XIX вѣка мы видимъ постоянную борьбу между стремленіями германскаго народа къ политическому и правовому единству и стремленіями отдѣльныхъ германскихъ правительствъ отстоять свою независимость.

Торжество, въ концѣ-концовъ, переходитъ на сторону народныхъ желаній, и объединенная германская имперія пріобрѣла

общее государственное, административное, уголовное, процессуальное, конкурсное, торговое право. Необъединеннымъ долго оставалось гражданское право, но этому препятствовала еще и сравнительная трудность самой задачи,—консервативность этой части права и малая теоретическая разработка ея. Тѣмъ не менѣе въ 1874 году назначена была коммиссія, главнымъ образомъ изъ практиковъ, которая изготовила и опубликовала въ 1888 году проектъ вмѣстѣ съ обширными мотивами. Но проектъ встрѣтилъ въ литературѣ сильную критику. Возраженія сводились къ слѣдующему. Нѣкоторые, продолжая стоять на точкѣ зрѣнія Савиньи, отрицали возможность и необходимость кодификаціи общаго гражданскаго права Германіи. Другіе упрекали проектъ за индивидуалистическую тенденцію, лежащую въ его основѣ, тогда какъ въ жизни и въ законодательной политикѣ начинаютъ преобладать противоположныя теченія. Не одобряли внѣшней формы, тяжелаго изложенія и громаднаго содержанія каждой статьи. Въ виду массы поднявшихся возраженій, была назначена новая коммиссія для переработки перваго проекта, которая и выполнила свою задачу къ 1895 году. Въ слѣдующемъ году проектъ внесенъ былъ въ рейхстагъ, принятъ и утвержденъ императоромъ. Въ силу вступило германское гражданское уложеніе (Bürgerliches Gesetzbuch) съ 1 января 1900 года.

Содержаніе германскаго уложенія частью основывается на римскихъ, частью на германскихъ началахъ и частью, самою незначительною, представляетъ нововведенія. Если съ уложеніемъ соединялись надежды на окончательное устраненіе правовой розни между нѣмцами, то съ изданіемъ его эти надежды далеко не могутъ считаться осуществленными, потому что многочисленные спеціальные отдѣлы гражданскаго права остались подъ дѣйствіемъ мѣстныхъ законодательствъ. Система уложенія—пандектная: общая часть, обязательственное право, вещное право, семейственное и наслѣдственное. Перестановка обязательственнаго и вещнаго права оправдывалась тѣмъ, что первое представляетъ собою отношеніе болѣе простого рода, чѣмъ второе. Всесторонняя оцѣнка новаго уложенія представляется нѣсколько преждевременной, потому что только опытъ обнаружитъ достоинства и недостатки техники и содержанія кодекса. Но теперь можно сказать, что германскій кодексъ, почти на сто лѣтъ старшій по сравненію съ французскимъ, едва ли можетъ свидѣтельствовать о значительныхъ успѣхахъ юриспру-

денціи за истекшее столѣтіе. Несомнѣнно, однако, что германскому уложенію суждено будетъ оказать значительное вліяніе на другія европейскія законодательства и въ томъ числѣ, конечно, на русское, подготовляющееся съ 1882 года къ полному обновленію.

Германское вліяніе успѣло уже проявиться въ послѣднемъ законодательномъ произведеніи, въ гражданскомъ кодексѣ Швейцаріи (Code civil suisse). Въ 1881 году швейцарскіе кантоны впервые объединились на почвѣ обязательственнаго права. Затѣмъ подготовлялось дальнѣйшее объединеніе во всемъ гражданскомъ правѣ. Проектъ гражданскаго кодекса, въ значительной степени работа проф. Губера, весьма удачно сочеталъ новую матерію германскаго права съ старой французской формой. Это несомнѣнно лучшее произведеніе законодательнаго творчества какъ со стороны содержанія, такъ и со стороны техники. Кодексъ, ставшій закономъ 10 декабря 1907 года, вступилъ въ дѣйствіе съ 1 января 1912 года. Одновременно получило силу и пересмотрѣнное обязательственное право, изданное 30 марта 1911 года въ видѣ отдѣльнаго закона.

IV. Англія. Развитіе англійскаго права шло самостоятельнымъ путемъ, независимо отъ римскаго и каноническаго. Поэтому оно представляетъ особенности въ прошедшемъ и въ настоящее время сравнительно съ правомъ континентальныхъ государствъ. Исторія источниковъ права въ Англіи тѣсно связана съ исторіей судебной организаціи.

Въ половинѣ V столѣтія въ Англію вторглось германское племя, англо-саксы, которое укрѣпилось на завоеванномъ островѣ и положило основу британскаго государства. Вмѣстѣ съ собою оно принесло германское обычное право, то самое, которое нашло себѣ выраженіе въ Leges barbarorum. Отъ этого перваго періода англійской исторіи сохранилось очень много сборниковъ народныхъ обычаевъ, составленныхъ какъ во время существованія семи государствъ, такъ и во время объединенія ихъ. Особенный интересъ представляютъ законы Альфреда Великаго и Эдуарда Исповѣдника (Leges Edwardi Confessoris).

Въ XI столѣтіи въ исторіи Англіи произошло событіе, наложившее свою печать на все послѣдующее развитіе англійскаго права. Вмѣстѣ съ завоеваніемъ Англіи норманами и упроченіемъ ихъ власти послѣдовало перенесеніе изъ Франціи новыхъ юридическихъ началъ. Феодализмъ пускаетъ глубокіе корни и отражается на всемъ правовомъ быту англичанъ. При первомъ

же норманскомъ королѣ Вильгельмѣ Завоевателѣ, было составлено нѣсколько сборниковъ какъ норманскаго, такъ и англосаксонскаго обычнаго права, было исполнено знаменитое описаніе состоянія поземельной собственности и личная перепись, извѣстныя подъ именемъ Domesdaybook. При послѣдующихъ короляхъ законодательная дѣятельность ослабляется, уступая мѣсто другому источнику—судебнымъ рѣшеніямъ. Съ XIII вѣка начинается постепенно сліяніе англосаксонскихъ и норманскихъ правовыхъ началъ.

Особенностью англійскаго процесса было раздѣленіе его на двѣ стадіи, подобныя римскимъ—jus и judicium. Характерною чертою англійскаго судоустройства являлось раздѣленіе, даже въ гражданскихъ дѣлахъ, вопросовъ права и факта. Первый вопросъ разрѣшался судьями короля, второй—присяжными судьями. Прежде, чѣмъ обратиться къ суду, истецъ долженъ былъ добиться королевскаго предложенія (writ), которое давалось канцлеромъ, если заявленное требованіе казалось юридически обоснованнымъ. Сначала такія предложенія согласовались съ обстоятельствами каждаго дѣла, а потомъ были выработаны общія формулы. Благодаря этому, иски (writs) индивидуализировались въ Англіи, какъ въ Римѣ actiones. Сборники такихъ формулъ составили источникъ права. Такими же источниками являлись судебные протоколы производства и рѣшеній, называемые Reports, содержащіе въ себѣ краткое изложеніе фактической стороны процесса, подробную аргументацію сторонъ и основанія рѣшенія суда. Обычное право, въ формѣ судебныхъ рѣшеній, составляло въ теченіе всей послѣдующей исторіи Англіи главный источникъ права. Только въ XIX столѣтіи начинаютъ сознавать неудобство такого положенія дѣлъ и раздаются голоса въ пользу континентальной системы, т.-е. кодификаціи.

Въ настоящее время англійскіе юристы раздѣляютъ весь исторически сложившійся правовой матеріалъ на двѣ части: на statute law или право, созданное законодательнымъ путемъ, и common law или обычное право.

а. Въ понятіе *статутнаго права* не входятъ законы, изданные первыми норманскими королями. Въ новѣйшіе сборники входятъ законы только со времени Эдуарда III, съ XIV столѣтія. Въ XIX вѣкѣ, въ виду вновь возникшихъ потребностей, издано очень много отдѣльныхъ законовъ. Однако, они не отличаются особенною устойчивостью и, вопреки пресловутому консерватизму англійскаго народа, очень часто мѣняются, переходя отъ однихъ принциповъ къ противоположнымъ, какъ, напр., за-

коны о банкротствѣ, авторскомъ правѣ, о векселяхъ, объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ и др. Кромѣ того, слѣдуетъ замѣтить, что англичане не обладаютъ способностью формулировать законы. Ихъ законы содержатъ часто разнообразный матеріалъ, статьи очень большія, языкъ не отличается точностью.

b. Главную основу англійскаго права составляетъ *common law*, матеріалъ котораго образовался изъ вѣками накопившихся судебныхъ рѣшеній, которыя въ качествѣ прецедента пользуются въ Англіи большимъ уваженіемъ. Конечно, такой громадный матеріалъ затрудняетъ для суда возможность непосредственно пользоваться имъ и выдвигаетъ потребность въ обработкѣ его. Англійская научная литература занимается главнымъ образомъ разработкой этой массы судебныхъ рѣшеній, приведеніемъ ихъ въ систему, выведеніемъ общихъ положеній. Въ виду такого практическаго направленія англійской научной юриспруденціи, литература пользуется въ Англіи значительнымъ авторитетомъ, и лучшія произведенія постоянно цитируются въ судебныхъ преніяхъ и рѣшеніяхъ. Слѣдуетъ замѣтить, что ни въ практикѣ, ни въ наукѣ гражданское право не успѣло еще совершенно отчетливо выдѣлиться изъ общей системы права.

§ 5.

Источники русскаго гражданскаго права.

Литература: Шершеневичъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, §§ 30—39, 56—61; Гамбаровъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I. 1911, стр. 180—370; Малышевъ, *Курсъ общаго гражданскаго права*, т. I, 48—317; Градовскій, *Начала русскаго государственнаго права*, т. I, 7—112; Сергѣевичъ, *Лекціи по исторіи русскаго права*, стр. 6—19; Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 275—308; Дювернуа, *Источники права и судъ въ древней Россіи*, 1869; Нольде, *Очерки по исторіи кодификаціи мѣстныхъ гражданскихъ законовъ при графѣ Сперанскомъ*, в. I, *Попытка кодификаціи литовско-польскаго права*, 1906; Даневскій, *Объ источникахъ мѣстныхъ законовъ*, 1857; Пахманъ, *Исторія кодификаціи гражданскаго права*, т. II, стр. 319—485; Федоровъ, *Введеніе въ курсъ гражданскаго права прибалтійскихъ губерній*, 1898; Бѣляевъ, *Общеимперскій законъ и мѣстныя отзейскія узаконенія* („Ж. М. Ю.“ 1898, ноябрь); Рейнеке, *Очеркъ законодательства Царства Польскаго* (1807—1881) „Ж. М. Ю.“ 1901, №№ 8, 9 и 10); О. Пергаментъ, *О примѣненіи мѣстныхъ законовъ Арменопула и Донича*, 1905; Кассо, *Византійское право въ Бессарабіи*, 1907; Дружининъ, *Право и личность крестьянина*, 1912.

I. Общій обзоръ. Подъ именемъ источниковъ права слѣдуетъ понимать формы выраженія положительнаго права,

которыя имѣютъ значеніе обязательныхъ средствъ ознакомленія съ дѣйствующимъ правомъ. Такими источниками признаются обычное право и законъ. Нѣкоторые присоединяютъ къ нимъ судебную практику и науку права, но та и другая, игравшія нѣкогда роль источниковъ права, а первая и до сихъ поръ въ Англіи, въ настоящее время у насъ не могутъ считаться таковыми, потому что ознакомленіе съ правомъ черезъ нихъ не соотвѣтствуетъ признаку обязательности. Въ этомъ техническомъ смыслѣ понятіе объ источникахъ права не должно быть смѣшиваемо съ другими понятіями, которыя также обозначаются этимъ выраженіемъ. Источники права въ указанномъ значеніи отличны: a) отъ правопроизводящихъ силъ,—народнаго правосознанія и законодательной власти, которыя нерѣдко называются источниками права, напр., когда говорятъ, что воля законодателя есть источникъ всякаго права; b) отъ историческихъ памятниковъ, которые въ свое время имѣли значеніе источниковъ права, а теперь сохранили лишь историческое значеніе, какъ средство научнаго познанія прежняго права, напр., когда говорятъ, что студенты работаютъ по источникамъ права, какъ Corpus juris civilis или Русская Правда; c) отъ матеріала, положеннаго въ основаніе закона, напр., когда говорятъ, что Литовскій Статутъ послужилъ источникомъ при составленіи Уложенія Алексѣя Михайловича.

По исторической послѣдовательности обычное право предшествуетъ закону, но по практическому значенію въ настоящее время законъ занимаетъ первое мѣсто, а обычное право стоитъ на второмъ планѣ. Въ XVIII столѣтіи, при господствовавшей убѣжденности во всемогущество законодателя, за обычнымъ правомъ не признавали вовсе значенія. Кодексы XVIII и XIX столѣтій подъ вліяніемъ такой идеи до крайности стѣсняютъ или даже вовсе устраняютъ этотъ источникъ права. Такова именно точка зрѣнія французскаго кодекса 1804 и австрійскаго уложенія 1811. Только Савиньи и Пухта подняли въ наукѣ его значеніе и поставили на ряду съ закономъ. Вліяніе исторической школы сказалось на новомъ германскомъ уложеніи. Если первоначально предполагалось устранить обычное право или предоставить ему второстепенное мѣсто, то въ окончательной редакціи рѣшеніе этого вопроса было совершенно отклонено. Германское уложеніе 1896 года не опредѣляетъ соотношенія между двумя источниками права и, по мнѣнію новѣйшихъ комментаторовъ, это уже дѣло факта, который изъ источниковъ

возьметъ верхъ. Новый швейцарскій кодексъ 1907 года, напротивъ того, счелъ своимъ долгомъ указать соотношеніе источниковъ права: обычное право занимаетъ второе мѣсто послѣ закона.

Въ русской исторіи соотношеніе между этими источниками не всегда было одинаковое. Въ удѣльный періодъ обычное право составляетъ единственный источникъ права. Древніе славяне жили по своимъ мѣстнымъ обычаямъ—«имяху бо обычаи свои и законъ отецъ своихъ и преданія, кождо свой норовъ». Памятники исторіи русскаго права въ первый періодъ—Русская Правда, Псковская Судная Грамота, Новгородская Судная Грамота, основаны главнымъ образомъ на обычномъ матеріалѣ, на «пошлинѣ». Въ московскомъ государствѣ законъ (грамоты, указы, судебники, уложеніе) становится рядомъ съ обычаемъ и занимаетъ равное положеніе. «Старина» продолжаетъ пользоваться большимъ авторитетомъ, считается выше воли государей. Послѣдніе сначала даже не рѣшаются самостоятельно творить право, а лишь закрѣпляютъ обычаи. При составленіи Царскаго Судебника имѣлось въ виду «судебникъ исправить по старинѣ». Съ другой стороны, московскіе государи настаиваютъ на исключительномъ примѣненіи того обычнаго права, которое узаконено ими. Въ Судебникѣ 1550 года постановляется «впередъ всякія дѣла судить по сему Судебнику». Тѣмъ не менѣе все почти гражданское право остается еще подъ дѣйствіемъ обычнаго права, внѣ закона. Въ императорскій періодъ законъ вытѣсняетъ обычное право и становится если не единственнымъ, то господствующимъ источникомъ. Законъ уже не повторяетъ обычнаго права, а, напротивъ, идетъ наперекоръ ему, носитъ реформаторскій, творческій характеръ. Воля государя, какъ источникъ права, принимаетъ болѣе или менѣе опредѣленную форму. Сводъ Законовъ, въ соотвѣтствіи съ этимъ направленіемъ и согласно съ научнымъ воззрѣніемъ, господствовавшимъ въ эпоху его составленія, признаетъ также законъ основнымъ и единственнымъ источникомъ права,—Имперія Россійская управляется на твердыхъ основаніяхъ законовъ, изданныхъ въ установленномъ порядкѣ (т. I, ч. 1, ст. 47, а теперь ст. 84, по изд. 1906). О правѣ обычномъ не упоминается. Только позднѣе, при крестьянской и судебной реформѣ, обычное право обратило на себя вниманіе законодателя.

II. Обычное право. Обычнымъ правомъ называются нормы права, которыя устанавливаются самою общественною

средою путемъ постояннаго, однообразнаго соблюденія правилъ поведенія. Относительно происхожденія этого источника въ прежнее время (XVIII в.) существовалъ взглядъ, что обычное право возникаетъ вслѣдствіе простой привычки: случайно совершонныя одними дѣйствія повторяются другими, и на почвѣ повторяемости создается убѣжденіе въ ихъ необходимости. Историческая школа, въ лицѣ Пухты, иначе объяснила существованіе обычнаго права. Выборъ тѣхъ или другихъ дѣйствій не случайный, а сознательный, основанный на убѣжденіи въ правильности ихъ. Подражаніе и повторяемость основываются на согласіи общества съ этою точкою зрѣнія. Слѣдовательно, обычаи не создаютъ обычнаго права, но являются лишь выраженіемъ ранѣе сложившагося народнаго правосознанія. Новѣйшіе послѣдователи исторической школы, особенно Гирке, стремятся найти примиряющую точку зрѣнія. Если нельзя признать, говорятъ они, что обычное право создается силою одной повторяемости, потому что тогда каждое правило поведенія, нравственности или приличія слѣдовало бы признать за норму права, то съ другой стороны надо согласиться, что нормы обычнаго права нѣтъ, пока она не проявилась въ повтореніи, а потому повторяемость поведенія не есть только выраженіе обычнаго права, а существенный моментъ его возникновенія. Другими словами, обычное право обусловливается двумя моментами: a) народнымъ правосознаніемъ и b) повторяемостью правила.

Но приходится возвратиться къ старой теоріи и совершенно отказаться отъ народнаго убѣжденія, какъ условія образованія обычнаго права. Это народное убѣжденіе въ необходимости даннаго правила, какъ нормы права (opinio necessitatis), представляетъ совершенно неопредѣленную величину. Его можно понимать, какъ убѣжденія, что такъ надо поступать, потому что такое-то правило должно быть, и какъ убѣжденіе, что такъ надо поступать, потому что такое правило существуетъ,— тонкость неразличимая въ сознаніи юридически не подготовленныхъ людей. Между тѣмъ въ первомъ случаѣ это было бы выраженіе чувства справедливости, во-вторыхъ—констатированіе уже готоваго обычнаго права. Также трудно понять, какимъ образомъ въ сознаніи общественной среды можетъ выступать представленіе о правилѣ, какъ необходимой нормѣ права, въ отличіе отъ всякаго другого правила, когда даже въ въ наукѣ не установились признаки, отличающіе норму права

отъ другихъ правилъ общежитія. Требованіе, чтобы убѣжденіе было народнымъ, предполагаетъ такое единство среды, котораго въ дѣйствительности не существуетъ и никогда не существовало: различія по національности, по классамъ, по культурному уровню устраняютъ единое народное правоубѣжденіе. Въ виду сказаннаго необходимо признать, что обычное право образуется вслѣдствіе подражанія поведенію, повторяемость котораго уже создаетъ психическое предрасположеніе въ его пользу. Все, сложившееся временемъ, какъ и все, совершающееся въ массѣ, пріобрѣтаетъ авторитетъ необходимости.

Обычаевъ общенародныхъ въ настоящее время, при огромномъ составѣ современныхъ государствъ, не существуетъ вовсе или они чрезвычайно рѣдки. Къ такимъ исключительнымъ явленіямъ можно отнести напр. правило, въ силу котораго женщина при выходѣ замужъ мѣняетъ свою фамилію на фамилію мужа. Преобладаютъ частные и мѣстные обычаи, образующіеся въ той или другой общественной средѣ, напр. въ кругу крестьянъ данной мѣстности, въ кругу торговцевъ данной отрасли торговли. Среда для образованія правовыхъ обычаевъ зависитъ всегда отъ сферы возможнаго воздѣйствія со стороны образца, а возможность такого воздѣйствія чаще всего опредѣляется сферою экономическаго соприкосновенія. Вотъ почему сила нѣкоторыхъ крестьянскихъ обычаевъ не идетъ дальше деревни или села, если крестьянское общество продолжаетъ еще оставаться въ состояніи домашняго хозяйства. Напротивъ, въ торговомъ мірѣ, гдѣ соприкосновеніе происходитъ иногда на значительномъ пространствѣ, правовые обычаи охватываютъ по своему дѣйствію большой районъ, хотя и небольшое число лицъ въ его предѣлахъ.

Отъ обычнаго права необходимо отличать съ одной стороны заведенный порядокъ, а съ другой обряды. Тогда какъ обычное право есть норма объективнаго права, *заведенный порядокъ* есть только восполненіе обычной картины отношеній, изъ которой выводится субъективное право. Устанавливая свои отношенія въ каждомъ конкретномъ случаѣ, люди не опредѣляютъ ихъ полностью, исходя изъ предположенія само собою разумѣющагося. Такъ напр. при наймѣ квартиры не условливаются, долженъ ли квартирантъ приносить плату домохозяину или домохозяинъ долженъ приходить или присылать за нею,—все дѣло въ заведенномъ порядкѣ. Заведенный порядокъ можетъ существовать для одного конкретнаго отношенія или для ряда

отношеній. Напр. данный страхователь, при наступленіи срока взноса преміи, никогда самъ не вносилъ ее, а ждалъ страхового агента. Картина можетъ представиться шире. Въ данномъ страховомъ обществѣ за преміями всегда посылаются агенты. Еще шире,—русскія страховыя общества обыкновенно не ждутъ страхователей, а еще до срока посылаютъ имъ черезъ агентовъ заготовленныя расписки. Изъ приведенныхъ примѣровъ можно видѣть, что заведенный порядокъ не указываетъ, какъ всегда должно быть, а какъ обыкновенно бываетъ, хотя не исключается возможность устроить отношеніе и иначе. Отсюда обнаруживается, что заведенный порядокъ представляетъ не норму права, а только фактъ, часто повторяющійся, который даетъ основаніе къ заключенію о томъ, какъ стороны предполагали опредѣлить свое отношеніе. Отъ обычнаго права и заведеннаго порядка необходимо еще отличать *обряды*, которые сопровождаютъ юридическое отношеніе, но не имѣютъ для него юридическаго значенія ни какъ норма, ни какъ фактъ. Напр. принято въ низшей купеческой средѣ вспрыскивать сдѣлку за счетъ покупателя; принято, что родители невѣсты приглашаютъ жениха и угощаютъ его, а онъ тратится на подарки своей невѣстѣ; принято, чтобы при вѣнчаніи свидѣтелями были холостые молодые люди. Никакія юридическія послѣдствія съ такими обрядами, при всей ихъ обычности, не связываются.

Съ разсматриваемой точки зрѣнія вся задача суда при обнаруженіи нормы обычнаго права заключается въ томъ, чтобы установить постоянную повторяемость правила поведенія, относящагося къ тому конкретному отношенію, которое въ рѣшеніи должно быть подъ него подведено. Судъ не обязанъ, да и не въ состояніи, провѣрить, насколько такое правило соотвѣтствуетъ народному убѣжденію. Необходимо только, чтобы судъ принялъ во вниманіе, насколько часто примѣнялось правило, насколько однообразно, безъ варіацій, повторялось оно въ жизни, насколько оно при всей своей древности, осталось непоколебленнымъ въ послѣднее время новыми теченіями. Этимъ и ограничивается задача суда при установленіи нормы обычнаго права.

Нерѣдко къ этимъ условіямъ присоединяется еще требованіе, чтобы содержаніе обычнаго права не противорѣчило нравственности. Но положеніе это довольно трудно обосновать. Въ нашемъ законодательствѣ оно нигдѣ не выражено, а изъ сущности обычнаго права вывести его нельзя, потому что,

если нравственности могутъ противорѣчить законы, то почему не могутъ ей противорѣчить нормы обычнаго права? Притомъ этическія воззрѣнія въ современныхъ сложныхъ обществахъ чрезвычайно разнообразны. Неизвѣстно, чей нравственный масштабъ долженъ быть приложенъ къ нормѣ обычнаго права,— населенія ли, среди котораго норма сложилась, или судьи, которому приходится примѣнять ее. Судъ, обязанный примѣнять нормы права, такъ же мало призванъ къ этической оцѣнкѣ нормъ обычнаго права, какъ и нормъ законодательныхъ. Въ виду этого, необходимо признать, что норма обычнаго права, существованіе которой установлено съ надлежащею точностью, должна быть примѣняема судомъ, хотя бы и противорѣчила этическимъ взглядамъ судей. Сказанное не относится къ заведенному порядку, который, являясь восполненіемъ договора, подчиняется дѣйствію ст. 1528 т. X, ч. I, запрещающей договоры, противные нравственности (благочинію).

Область допускаемаго по русскому законодательству примѣненія обычаевъ опредѣляется или по роду разсматриваемыхъ отношеній, или по судебной инстанціи, разсматривающей спорное отношеніе.

По матеріальному признаку: a) въ дѣлахъ торговыхъ всѣ суды за недостаткомъ закона имѣютъ обращаться къ обычному праву (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 1); b) въ дѣлахъ о наслѣдованіи, объ опекѣ и попечительствѣ среди крестьянъ примѣненіе обычнаго права допускается вообще во всѣхъ судахъ, потому что это положеніе матеріальнаго права (общ. пол. о крест. ст. 13, т. X, ч. 1, ст. 1184, п. 5). Область примѣненія мѣстныхъ обычаевъ въ наслѣдованіи послѣ крестьянъ представляется весьма неустойчивой. Въ началѣ своей дѣятельности Сенатъ устанавливалъ довольно узкія границы силѣ обычаевъ при наслѣдованіи. Въ 80-хъ и 90-хъ годахъ обнаружилось измѣненіе во взглядахъ Сената, который въ рядѣ рѣшеній (кас. рѣш. 1880, № 174, 1891, № 86), высказался въ томъ смыслѣ, что обычай въ наслѣдованіи послѣ крестьянъ примѣнимъ не только къ недвижимости, и не только къ надѣльной землѣ, но ко всякому имуществу, будетъ ли это торговый капиталъ, деньги въ банкѣ, домъ въ городѣ. Но затѣмъ Сенатъ дѣлаетъ новый поворотъ (кас. рѣш. 1905, № 53), и устанавливаетъ, что мѣстный обычай примѣняется въ порядкѣ наслѣдованія крестьянами только въ томъ случаѣ, если наслѣдство обнимаетъ или надѣльную землю, или имущество, хотя

и выходящее изъ предѣловъ надѣла, но открывшееся въ той мѣстности, гдѣ надѣлъ находится, и притомъ, если наслѣдодатель имѣлъ въ этой мѣстности передъ смертью постоянное пребываніе. Такія колебанія лишній разъ свидѣтельствуютъ, какъ близко соприкасается обычное право съ безправіемъ.

По формальному признаку: a) во всѣхъ дѣлахъ, разрѣшаемыхъ мировымъ судьею, городскимъ судьею или земскимъ начальникомъ, допускается примѣненіе обычаевъ по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, когда примѣненіе дозволяется закономъ, или въ тѣхъ случаяхъ, которые положительно не разрѣшены законами (уст. гражд. суд. ст. 130; произв. суд. дѣлъ, подвѣд. земскимъ начальн. и гор. судьямъ, ст. 88); b) волостному суду при разрѣшеніи тяжбъ и споровъ между крестьянами, въ особенности же дѣлъ о раздѣлѣ крестьянскаго наслѣдства, дозволяется руководствоваться мѣстными обычаями (т. IX, общ. пол., ст. 135). Такимъ образомъ дѣло, возникшее въ крестьянской средѣ, смотря по подсудности, разрѣшается или на основаніи обычаевъ или на основаніи законовъ. Неудобство такого положенія, устраняющаго возможность заранѣе опредѣлить, какого рода нормы будутъ примѣнены къ устанавливаемому отношенію, настолько очевидно, что не требуетъ дальнѣйшихъ поясненій. На крестьянъ распространяются и передъ волостнымъ судомъ общія постановленія законовъ гражданскихъ о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ (т. IX, общ. пол. о крест. ст. 1). Нѣкоторые хотѣли бы ограничить дѣйствіе этой статьи тѣмъ, что крестьяне подчинены только личному семейственному праву, а не имущественному. Но такое заключеніе не слѣдуетъ изъ самой статьи.

Изъ приведеннаго мы видимъ, что окружные суды стѣснены въ примѣненіи обычнаго права, и внѣ указанныхъ закономъ случаевъ, не могутъ руководствоваться этимъ источникомъ права.

Сила обычнаго права опредѣляется его значеніемъ, какъ источника положительнаго права. Въ области своего примѣненія оно имѣетъ такую же силу, какъ и законъ—«повальный обычай, что царскій указъ». Только дѣйствіе обычнаго права начинается тамъ, гдѣ молчитъ законъ. При совмѣстномъ существованіи положеніе ихъ въ русскомъ законодательствѣ неравное—обычное право должно уступить мѣсто закону (т. I, ч. 1, изд. 1906, ст. 84). Отсюда слѣдуетъ, что обычное право не можетъ противорѣчить закону; такъ, не имѣетъ силы обычай, возлагающій на передатчика права по обязательству отвѣтственность

за осуществимость его (касс. рѣш. 1869, № 175), обычай, устанавливающій общность имущества между родителями и дѣтьми (кас. рѣш. 1870, № 308). Обычное право не выдерживаетъ при сопоставленіи съ нормами законодательными, какъ имѣющими повелительный характеръ, такъ равно и съ тѣми, которыя имѣютъ только восполнительное значеніе. Сила заведеннаго порядка иная—онъ только восполняетъ волю контрагентовъ, насколько она не успѣла ясно выразиться въ договорѣ (т. X, ч. 1, ст. 1539, п. 4, законъ 24 мая 1893 г. о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій). Поэтому заведенный порядокъ, какъ и договоръ, несомнѣнно, устраняетъ примѣненіе восполнительнаго закона, который и разсчитанъ на его отсутствіе. Смѣшеніе на практикѣ обычнаго права съ заведеннымъ порядкомъ и послужило поводомъ къ утвержденію, будто по нашему законодательству обычное право способно устранить силу закона. Нѣтъ противорѣчія и тогда, когда обычное право примѣняется въ случаяхъ, дозволенныхъ закономъ. При существованіи двухъ равныхъ по содержанію нормъ, обычной и законодательной, мировой судья, съ дозволенія закона, отдаетъ преимущество обычной и тѣмъ не устраняетъ дѣйствіе закона, а, напротивъ, даетъ ему примѣненіе. Тѣмъ менѣе обычное право въ состояніи отмѣнить силу закона, оно можетъ только ослабить фактически примѣняемость извѣстнаго закона, противнаго народному убѣжденію.

Въ силу того, что суду должно быть извѣстно положительное право своей страны, что обычное право составляетъ источникъ положительнаго права, судъ обязанъ самъ по себѣ (ex officio) примѣнять обычное право, не ожидая ссылки сторонъ (кас. рѣш. 1878, № 225). Противоположное правило установлено закономъ для мировыхъ и городскихъ судей и для земскихъ начальниковъ. Обязательность примѣненія обычнаго права относится къ тому праву, которое стало извѣстно суду по прежнимъ дѣламъ или инымъ способомъ. Если же обычное право суду неизвѣстно, то, по ссылкѣ сторонъ, судъ обязанъ принять всѣ находящіяся въ его распоряженіи мѣры для ознакомленія съ нимъ, напр., вызвать лицъ, способныхъ дать необходимыя указанія по этому вопросу (кас. рѣш. 1891, № 86). Обычное право не относится къ области фактовъ, а потому удостовѣреніе его не подчиняется правиламъ, которыя установлены въ уставѣ гражданскаго судопроизводства для доказыванія обстоятельствъ, относящихся къ дѣлу. Примѣненіе обычнаго права, извѣстнаго

суду, должно имѣть мѣсто помимо, даже противъ воли сторонъ, безразлично—знаютъ ли онѣ о его существованіи или нѣтъ. Напротивъ, примѣненіе правилъ заведеннаго порядка можетъ быть допущено только по ссылкѣ сторонъ и при удостовѣренномъ знаніи его или объ немъ, потому что въ противномъ случаѣ онъ не можетъ считаться молчаливымъ дополненіемъ ихъ воли. Смѣшеніе обычнаго права съ заведеннымъ порядкомъ привело къ утвержденію, будто доказываніе обычнаго права возлагается на стороны на томъ же основаніи, какъ и доказываніе фактической стороны дѣла.

Относительно обычнаго права, какъ источника права, возникаетъ вопросъ, можетъ ли нарушеніе прямого смысла обычая или неправильное толкованіе его послужить поводомъ къ кассаціи рѣшенія. Вопросъ сводится къ задачамъ кассаціонной инстанціи. Если она имѣетъ своимъ назначеніемъ поддерживать единообразное пониманіе закона, тогда обычное право не можетъ подать повода къ кассаціи. Если же задачею кассаціонной инстанціи мы признаемъ поддержаніе единообразнаго примѣненія положительнаго права, то обычное право, какъ признанный источникъ его, въ случаѣ нарушенія смысла или неправильнаго толкованія, можетъ послужить поводомъ къ кассаціи рѣшенія. Нѣтъ никакого основанія ограничивать задачи кассаціи только наблюденіемъ надъ закономъ и относить вопросы обычнаго права къ существу дѣла. Исходя изъ того, что норма обычнаго права имѣетъ свойство общеобязательности, какъ и законъ, Сенатъ призналъ возможность кассаціонныхъ жалобъ на рѣшенія, въ коихъ допущено явное нарушеніе или неправильное толкованіе такого торговаго обычая, существованіе и содержаніе котораго установлено судомъ (кас. рѣш. 1900, № 27).

III. Законъ. Закономъ называется юридическая норма, установленная государственною властью въ опредѣленномъ заранѣе порядкѣ.

а. Какъ *юридическая норма*, законъ представляетъ общее правило поведенія для гражданъ и по этому признаку отличается отъ судебнаго рѣшенія, сила котораго исчерпывается однимъ случаемъ. Въ качествѣ юридической нормы, законъ въ матеріальномъ смыслѣ отличается отъ закона въ формальномъ смыслѣ, т.-е. распорядительной мѣры, принимаемой на данный случай, которая, въ виду ея важности, проходитъ законодательный порядокъ, наприм., отчужденіе государственныхъ имуществъ, утвержденіе бюджета, одобреніе займа.

b. Какъ норма, *исходящая отъ государственной власти*, законъ, по основнымъ законамъ 23 апрѣля 1906 года, долженъ быть выраженіемъ согласной воли трехъ элементовъ, которымъ совокупно принадлежитъ нынѣ законодательная власть въ Россіи: Государственной Думы, Государственнаго Совѣта и Государя Императора (т. I, ч. 1, изд. 1906 г., ст. 86). Этимъ впервые положено у насъ твердое начало для отличія закона отъ указа, который можетъ исходить отъ одного монарха въ порядкѣ верховнаго управленія, но не иначе, какъ въ соотвѣтствіи съ законами (т. I, ч. 1, ст. 11). Только во время прекращенія занятій Государственной Думы могутъ быть издаваемы единолично монархомъ указы съ силою закона, но при условіи, чтобы необходимость въ нихъ оправдывалась чрезвычайными обстоятельствами (т. I, ч. 1, ст. 87). Сила такихъ нормъ временная — они прекращаютъ свое дѣйствіе черезъ два мѣсяца по открытіи Думы, если подлежащимъ министромъ не будетъ внесенъ въ Думу соотвѣтствующій законопроектъ или если онъ не будетъ принятъ Думою или Совѣтомъ.

c. Какъ норма, *устанавливаемая въ опредѣленномъ порядкѣ*, законъ долженъ удовлетворять тѣмъ формальнымъ требованіямъ относительно законодательной иниціативы, порядка разсмотрѣнія Думою и Совѣтомъ и Высочайшаго утвержденія, какія даны въ нашихъ нынѣ дѣйствующихъ основныхъ законахъ.

По содержанію своему и по пространству дѣйствія законы представляютъ нѣсколько видовъ.

I. По своему содержанію гражданскіе законы раздѣляются на: a) *принудительные*, предписывающіе (въ формѣ повелѣнія или запрещенія) непремѣнно извѣстный образъ дѣйствій, какъ, напр., повелѣніе опекуну принять имущество малолѣтняго по описи (т. X ч. 1 ст. 266), или запрещеніе заключать договоръ личнаго найма на срокъ свыше 5 лѣтъ (т. X ч. I ст. 2214); b) *восполнительные*, дополняющіе волю частныхъ лицъ, когда и насколько послѣднія не опредѣлили сами своихъ отношеній, напр., поручитель отвѣтствуетъ во всей суммѣ долга, если противное не установлено въ договорѣ (т. X ч. I ст. 1556). Такой же характеръ имѣютъ нормы, опредѣляющія переходъ наслѣдства къ родственникамъ, въ предположеніи, что этотъ переходъ не опредѣленъ волею наслѣдодателя въ завѣщаніи. Въ гражданскомъ правѣ, соотвѣтственно самому характеру его, преобладаютъ законы восполнительные. Уклоненіе или обходъ принудительнаго закона влечетъ за собою: a) признаніе юриди-

ческаго дѣйствія недѣйствительнымъ, напр., совершеніе купли-продажи недвижимости не въ установленной формѣ (т. X ч. 1 ст. 1417); b) уголовное наказаніе, при сохраненіи гражданской силы за совершоннымъ дѣйствіемъ, напр., вступленіе въ бракъ безъ согласія родителей (т. X ч. 1 ст. 6, улож. о наказ. ст. 1566); c) уголовное наказаніе совмѣстно съ признаніемъ недѣйствительности юридическаго дѣйствія, напр., при вступленіи во второй бракъ во время существованія перваго, закономъ не расторгнутаго (т. X ч. I ст. 20 и 37 п. 3; улож. наказ. ст. 1554), или, напр., купившій имѣніе завѣдомо у малолѣтняго, сверхъ возвращенія купленнаго, подвергается тюремному заключенію на нѣсколько мѣсяцевъ (т. X ч. 1, ст. 218, прим. и улож. наказ. ст. 1689).

II. По пространству своего дѣйствія законы раздѣляются на *общіе*, дѣйствующіе на всей территоріи Имперіи въ отношеніи всѣхъ лицъ, и на: 1) *мѣстные*, дѣйствующіе въ предѣлахъ извѣстной только части Имперіи, 2) *особенные*, дѣйствующіе въ отношеніи особаго только рода дѣлъ, 3) *спеціальные*, дѣйствующіе въ отношеніи опредѣленныхъ только лицъ или категорій лицъ. Всѣ три разряда исключительныхъ законовъ объясняются отчасти потребностями текущей жизни, отчасти историческими условіями образованія территоріи и населенія государства.

Общее законодательство есть понятіе, образующееся путемъ противопоставленія цѣлаго и частей государственной территоріи, всего и группъ населенія, всѣхъ и нѣкоторыхъ отношеній. Такое общее законодательство для всей страны составляетъ высшую цѣль государственной жизни, къ которой должно стремиться государство постепенно, не насилуя, однако, народныхъ привычекъ. Въ Россіи въ настоящее время общіе гражданскіе законы имѣютъ сравнительно небольшую область примѣненія, въ виду многочисленности мѣстныхъ, особенныхъ и спеціальныхъ законовъ. Общіе источники русскаго гражданскаго права сосредоточены по преимуществу въ Сводѣ Законовъ, т. X ч. 1, который носитъ названіе «законы гражданскіе». Этотъ отдѣлъ Свода раздѣляется на 4 книги, изъ которыхъ первая содержитъ постановленія о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ, вторая—о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія права на имущества вообще, третья—о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности, четвертая—объ обязательствахъ по договорамъ. Если принять во вниманіе, что въ первомъ изданіи Свода Законовъ процессуальные законы составляли непосред-

ственное продолженіе указанныхъ четырехъ книгъ (т. X ч. 2), а также присоединить къ этому матеріалу содержаніе непосредственно предшествующаго IX тома (о разныхъ родахъ состоянія и различіи правъ, имъ присвоенныхъ, и объ актахъ состоянія)—то легко замѣтить, что система нашихъ гражданскихъ законовъ представляетъ близкое воспроизведеніе институціонной системы. Надо, впрочемъ, замѣтить, что не только внѣшняя форма, но и весьма значительная часть этого матеріала составляетъ заимствованіе, главнымъ образомъ, изъ французскаго образца, иногда просто переводъ, подчасъ весьма неудачный. Историческія указанія нерѣдко совершенно механически связаны съ текстомъ статьи, и представленіе о нашихъ гражданскихъ законахъ, какъ о продуктѣ многовѣкового національнаго развитія, является значительно преувеличеннымъ. Замѣтимъ, что т. X ч. 1, которому присвоено названіе Свода Законовъ Гражданскихъ, не исчерпываетъ всѣхъ гражданскихъ законовъ, потому что они разбросаны по всему Своду: такъ, въ т. IX содержатся постановленія о правахъ состоянія, въ т. XI ч. 2—торговые законы, т. XI ч. 1, изд. 1896, содержитъ нѣкоторыя постановленія о бракахъ между лицами неправославными, т. XII ч. 1—постановленія объ ограниченіи права собственности и т. д.

Гражданскіе законы въ настоящемъ видѣ явились на свѣтъ при изданіи Свода Законовъ въ 1832 году. Затѣмъ, при послѣдующихъ изданіяхъ Свода,—1842, 1857 и 1876 гг., повторялось также изданіе гражданскихъ законовъ. Наконецъ, въ 1887 году гражданскіе законы были изданы особо, независимо отъ всего Свода. Въ 1900 г. это изданіе было повторено безъ сколько нибудь существенныхъ измѣненій: по этому изданію должны быть приводимы законы гражданскіе.

Общее гражданское законодательство, составленное изъ приведенныхъ въ нѣкоторый порядокъ законовъ, изданныхъ въ разное время, начиная съ уложенія Алексѣя Михайловича, и связанныхъ поверхностно положеніями, заимствованными изъ французскаго права, страдаетъ значительными недостатками, которые стали особенно чувствительны со второй половины прошлаго столѣтія, когда частноправовыя отношенія получили значительное развитіе въ нашемъ быту. 1) Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе недостаточность нормъ гражданскаго права, которую сознавалъ самъ Сперанскій: «сколько объемъ нашего Свода обширенъ и полонъ, столько составныя его

части недостаточны и скудны». Въ т. X, ч. 1 статей 2334,— цифра немалая, а между тѣмъ многія отношенія, весьма важныя въ жизни, остаются внѣ закона. Самая цифра совершенно не отвѣчаетъ дѣйствительности, потому что въ общую сумму входитъ масса пустыхъ номеровъ. 2) Несоотвѣтствіе содержанія законовъ, рожденныхъ въ давнее время, условіямъ современности, въ которыхъ они должны быть примѣняемы, ставитъ судебную практику въ крайнее затрудненіе. Гражданскіе законы, составленные въ періодъ помѣщичьяго, земельнаго и натуральнаго хозяйства, совершенно не приспособлены къ запросамъ торговаго оборота и мѣнового хозяйства. 3) Нанизанные изъ разныхъ временъ, гражданскіе законы полны взаимныхъ противорѣчій по прямому содержанію статей и по общему духу, положенному въ ихъ основу. 4) Возникновеніе гражданскихъ законовъ въ старое время и подъ вліяніемъ тѣхъ или другихъ выдвинувшихся вопросовъ отличаетъ т. X, ч. 1 крайнею казустичностью, тогда какъ сложность современнаго быта требуетъ абстрактныхъ нормъ, юридическихъ принциповъ. 5) Къ этому присоединяется несистематичность въ распредѣленіи матеріала, которая становится съ теченіемъ времени все болѣе рѣзкой при каждомъ новомъ изданіи т. X, ч. 1, которая разстраиваетъ примѣненіе установленныхъ въ наукѣ пріемовъ толкованія. 6) Многія постановленія нашего законодательства, какъ, напр., по наслѣдственному праву, стоятъ въ рѣзкомъ противорѣчіи съ современнымъ чувствомъ справедливости, и потому заставляютъ суды сходить съ почвы законности. 7) Большое затрудненіе при пользованіи т. X, ч. 1 представляетъ совершенная невыдержанность терминологіи, вслѣдствіе чего отдѣльныя выраженія не вызываютъ опредѣленнаго представленія, а, напротивъ, сами выясняются лишь по общему составу статьи.

Вполнѣ очевидная непригодность т. X, ч. 1 для настоящаго времени вызвала учрежденіе въ 1882 году коммиссіи для составленія гражданскаго уложенія. Результатомъ ея работы является проектъ въ двухъ его редакціяхъ, изъ которыхъ вторая относится къ 1905 году. Едва ли, однако, суждено этому проекту скоро превратиться въ законъ. Вѣроятнѣе, что обновленіе русскаго гражданскаго законодательства въ ближайшее время будетъ происходить путемъ отдѣльныхъ законовъ, хотя бы и взятыхъ изъ того же проекта.

1. *Мѣстные законы*, предназначенные для извѣстной мѣстности и ея коренныхъ жителей, устраняютъ примѣненіе общаго

законодательства по тѣмъ предметамъ, которые опредѣлены мѣстнымъ законодательствомъ. Установленіе, измѣненіе или отмѣна общихъ законовъ не имѣютъ вліянія на мѣстные законы, если противное не выражено въ самомъ законѣ (т. I, ч. 1, ст. 88). Въ Россійской Имперіи дѣйствуютъ слѣдующія мѣстныя законодательства.

a) Въ *Царствѣ Польскомъ*, съ 1808 года имѣетъ силу французскій гражданскій кодексъ, который отмѣнилъ прежніе національные источники права. Гражданское уложеніе Царства Польскаго было вновь издано въ 1825 году. Существеннѣйшія измѣненія въ кодексѣ произведены были положеніемъ о союзѣ брачномъ 1836 и ипотечными уставами 1818 и 1825 гг. Официальный переводъ на русскій языкъ состоялся въ 1870 г., съ изданіемъ Собранія гражданскихъ законовъ губерній Царства Польскаго.

b) Въ *Остзейскомъ краѣ* прежде дѣйствовали разнообразные источники: ленныя и крестьянскія права, городскіе статуты, узаконенія польскихъ и шведскихъ королей, римское право. Въ настоящее время имѣетъ силу созданный на основаніи этого матеріала сводъ гражданскихъ узаконеній губерній остзейскихъ въ 1864 году, на русскомъ и нѣмецкомъ языкахъ, который составляетъ 3-ю часть свода мѣстныхъ узаконеній губерній остзейскихъ.

c) Въ *Финляндіи* до присоединенія ея къ Россіи имѣло примѣненіе шведское уложеніе 1734 г., которое сохранило свою силу для этой мѣстности и послѣ включенія ея въ составъ Имперіи. Послѣднее изданіе на шведскомъ языкѣ состоялось въ 1856 году. Въ 1814 году изданъ былъ русскій переводъ этого уложенія, параллельно съ шведскимъ его текстомъ. Послѣдній частный переводъ принадлежитъ Малышеву (1894 г.).

d) *Бессарабія* по своему прошлому связана съ Византійскою имперіей, а потому византійскіе источники получили примѣненіе въ этой мѣстности, а именно: Шестикнижіе Ѳессалоникскаго судьи Арменопула, составленное въ половинѣ XIV вѣка, съ грамотою Маврокордато 1785 г. и Краткое Собраніе законовъ Донича. Эти источники сохранили значеніе и по присоединеніи этой страны къ Россіи въ 1812 и вторично въ 1879 гг. Первый изъ этихъ источниковъ имѣется въ русскомъ переводѣ, сдѣланномъ въ 1831 г. «Ручная книга законовъ или, такъ называемое, Шестикнижіе». По вопросу, слѣдуетъ ли подъ мѣстными гражданскими законами, дѣйствующими въ Бессарабской губерніи, понимать только нормы, содержащіяся въ указанныхъ источникахъ, или же также и

кодексъ Юстиніана съ новеллами и Базилики, на которыхъ первые основаны, Сенатъ высказался въ смыслѣ допустимости пользоваться и первоисточниками (кас. рѣш. 1900, № 72, 1909, № 35).

е) Въ *губерніяхъ Черниговской и Полтавской* со времени соединенія Малороссіи съ Польшею и Литвою, дѣйствовалъ Литовскій Статутъ, сила котораго до 1839 года распространялась на весь западный край. Но съ этого времени дѣйствіе этого источника ограничено указанными губерніями, а особенности его постановленій включены въ составъ т. X, ч. 1, со времени изд. Св. Зак. 1842 года.

2. *Особенными законами* называются законы, которые даютъ для извѣстнаго круга отношеній (на какой-либо родъ дѣлъ) исключительныя, сравнительно съ общимъ правомъ, постановленія.

а) *Церковные законы* имѣютъ интересъ для гражданскаго права, насколько они регулируютъ группу частноправовыхъ отношеній, именно брачное право, основанное на бракѣ, какъ таинствѣ. Духовному, консисторскому суду подлежатъ брачныя дѣла, насколько дѣло касается дѣйствительности или недѣйствительности брака, а также расторженія брака. Источниками права для этихъ дѣлъ являются уставъ духовныхъ консисторій, изданный въ 1841 г. и повторенный въ 1883 г.; субсидіарное значеніе имѣютъ законы, содержащіеся въ Книгѣ Правилъ, изданной Св. Синодомъ въ 1839 году, и въ Кормчей Книгѣ, напечатанной въ 1653 году. Для иностранныхъ вѣроисповѣданій особенные законы содержатся въ уставѣ духовныхъ дѣлъ иностранныхъ исповѣданій, т. XI, ч. 1, изд. 1896 г., а также имѣютъ силу каноническія правила католической церкви (т. X, ч. 1, ст. 61, 65, ср. ст. 90).

b) *Торговые законы* на Западѣ составляютъ особенное право, содержащееся въ отдѣльныхъ кодексахъ. У насъ особой системы торговаго права не существуетъ, а имѣются только отдѣльные законы, устанавливающіе для торговыхъ сдѣлокъ исключенія изъ общихъ правилъ. Такія постановленія находятся въ т. XI, ч. 2, изд. 1903 г., въ т. X, ч. 1 и нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ Свода.

3. Подъ именемъ *спеціальныхъ законовъ* понимаются законы, дающіе для извѣстнаго круга лицъ (для какого-либо рода людей) исключительныя, по сравненію съ общимъ правомъ, постановленія. Въ отличіе отъ мѣстныхъ и особенныхъ, примѣненіе спеціальныхъ законовъ обусловливается не территоріальными или предметными, а личными признаками. Сюда относятся постановленія, опредѣляющія вліяніе различныхъ обстоятельствъ

на дѣеспособность лица, вслѣдствіе возраста, пола, званія, состоянія, національности, вѣроисповѣданія и т. п. Сюда же относятся привилегіи, т.-е. законы, создающіе для извѣстныхъ физическихъ или юридическихъ лицъ нѣкоторое льготное положеніе. Особенно часто такія привилегіи устанавливаются въ пользу акціонерныхъ товариществъ. Всѣ эти постановленія распредѣлены по всему законодательству. Кромѣ того, для нѣкоторыхъ разрядовъ лицъ существуютъ спеціальные источники права. Такъ, магометане по дѣламъ о завѣщаніяхъ и о раздѣлѣ наслѣдства руководствуются Кораномъ, какъ источникомъ религіознымъ и юридическимъ (т. X, ч. 1, ст. 1338).

Дѣйствіе законовъ въ отношеніи времени начинается не ранѣе его обнародованія. Моментъ обнародованія признается всюду, кромѣ Англіи, гдѣ законъ вступаетъ въ дѣйствіе съ момента принятія его парламентомъ. На континентѣ моментъ вступленія закона въ дѣйствіе опредѣляется различно: или устанавливается одинъ общій срокъ для всего государства, какъ, напр., въ Германіи, гдѣ законъ вступаетъ въ дѣйствіе одновременно на 14 день послѣ появленія того номера офиціальнаго сборника (Reichsgesetzblatt), въ которомъ данный законъ напечатанъ, или же допускается постепенность вступленія его въ дѣйствіе въ связи съ разстояніемъ отъ столичнаго города, какъ, напр., во Франціи, гдѣ законъ вступаетъ въ силу не одновременно, а послѣдовательно: въ Парижѣ—черезъ день по выходѣ соотвѣтствующаго номера «Journal Officiel», а въ провинціи—черезъ день послѣ полученія его въ главномъ городѣ округа (arrondissement).

Въ Россіи принятъ порядокъ, близкій къ французскому. Законъ получаетъ обязательную силу не прежде, какъ со дня его обнародованія (т. I, ч. 1, ст. 91). Распубликованіе закона въ «Собраніи Узаконеній и Распоряженій Правительства» имѣетъ значеніе офиціальнаго его обнародованія, и по обнародованіи законъ получаетъ обязательную силу со времени назначеннаго для того въ самомъ законѣ срока, при неустановленіи же такового срока—со дня полученія на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, въ коемъ законъ напечатанъ (т. I, ч. 1, ст. 93). Итакъ, законъ вступаетъ въ дѣйствіе не одновременно, а постепенно, въ зависимости отъ разстоянія отъ Петербурга и въ связи съ состояніемъ путей сообщенія. Полученіе въ провинціи номера офиціальнаго сборника—таковъ моментъ вступленія закона въ силу. Однако, указанный въ законѣ срокъ не можетъ считаться

достаточно опредѣленнымъ. Остается невыясненнымъ, кто долженъ получить законъ и въ какомъ мѣстѣ? Полученіе на мѣстѣ можетъ по разнымъ причинамъ быть не одновременно, установленіе юридическихъ отношеній можетъ произойти до полученія закона тѣмъ присутственнымъ мѣстомъ, гдѣ оно должно составить предметъ разсмотрѣнія, хотя и послѣ полученія закона въ томъ же мѣстѣ другими присутственными мѣстами. Законъ, устанавливая обнародованіе черезъ Сенатъ, въ то же время сохраняетъ обнародованіе закона въ Губернскихъ Вѣдомостяхъ (т. II, ст. 438, п. 1), которое можетъ произойти ранѣе полученія листовъ судомъ. Слѣдуетъ ли считаться съ дѣйствительнымъ полученіемъ номера или съ фиктивнымъ, т.-е. съ днемъ, когда по почтовымъ порядкамъ законъ долженъ бы придти?

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель самъ указываетъ опредѣленный срокъ, съ котораго законъ вступаетъ повсемѣстно въ силу, напр., положеніе о привилегіяхъ на изобрѣтенія, утвержденное 20 мая 1896 года, обнародовано въ «Собраніи Узаконеній» 11 іюня, а вступило въ силу 1 іюля. Такое назначеніе срока представляется особенно цѣлесообразнымъ, когда изданный законъ, по своему объему или по новизнѣ положенныхъ въ основу его началъ, требуетъ отъ населенія подготовки къ воспріятію новаго права.

Дѣйствіе закона продолжается до тѣхъ поръ, пока онъ не будетъ отмѣненъ, замѣненъ или измѣненъ новымъ (т. I, ч. 1, ст. 94). Вліяніе новаго закона на существующія юридическія отношенія выражается въ томъ, что онъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія, и сила его распространяется только на будущее время (т. I, ч. 1, ст. 89). Законъ можетъ потерять силу и безъ изданія новаго закона, если онъ былъ изданъ въ качествѣ временнаго, т.-е. съ указаніемъ срока его предѣльнаго дѣйствія.

Начало, въ силу котораго законъ не имѣетъ обратной силы, разсчитано на судъ, а не на законодателя. Подобное положеніе, какъ и вообще всякое иное, съ юридической точки зрѣнія не можетъ стѣснять государственную власть. Ничто не мѣшаетъ законодателю постановить, что, уничтожая законъ о давности, онъ вмѣстѣ съ тѣмъ не признаетъ права собственности за тѣми, которые пріобрѣли его до изданія закона на этомъ основаніи (нѣчто подобное въ указѣ Елизаветы, обязывающемъ личныхъ дворянъ продать пріобрѣтенную ими землю); установивъ возрастъ совершеннолѣтія въ 25 лѣтъ, признать

недѣйствительными всѣ обязательства, заключенныя до изданія закона съ лицами, не достигшими этого возраста. Примѣромъ можетъ служить изданный во Франціи въ 1795 году законъ о наслѣдованіи, который распространилъ свою силу на всѣ наслѣдства, открывшіяся съ 1789 года. Такіе законы будутъ несправедливы, нецѣлесообразны, потому что могутъ поколебать довѣріе въ оборотѣ, устранить всякую обезпеченность, подорвать уваженіе къ праву, но противъ юридической силы такихъ законовъ говорить нельзя. Самъ законодатель, по указаннымъ соображеніямъ, не отступитъ отъ приведеннаго принципа законодательной политики безъ достаточно основательныхъ причинъ, каковыя представлялись, напр., при изданіи закона 19 февраля 1861 года или закона 14 декабря 1892 г. о расторженіи браковъ лицъ, сосланныхъ на житье въ Сибирь. Какая можетъ быть сила такого правила для законодателя, которому разрѣшается распространить дѣйствіе закона на прошедшее время (т. I, ч. 1, ст. 89), безъ ограниченія этой возможности какими-либо условіями?

Но правило объ обратномъ безсиліи закона имѣетъ полное юридическое значеніе въ отношеніи суда, который безусловно долженъ имъ руководствоваться. Это значитъ, что гражданскія правоотношенія, сложившіяся на основаніи юридическихъ фактовъ, имѣвшихъ мѣсто до вступленія новаго закона въ силу, не подлежатъ его дѣйствію, и потому судъ долженъ примѣнять въ такихъ случаяхъ старый законъ. Такъ, напр., семейныя права пріобрѣтаются на основаніи брака, права наслѣдованія— на основаніи смерти наслѣдодателя, права требованія — на основаніи сдѣлки или правонарушенія. Если всѣ эти факты произошли до новаго закона, то создавшіяся на основаніи ихъ отношенія остаются ненарушимыми. Если же факты эти произошли послѣ новаго закона, то пріобрѣтаемыя на основаніи ихъ права подлежатъ дѣйствію новаго закона. Такъ, напр., при существованіи закона, въ силу котораго десятилѣтнее владѣніе можетъ перейти въ собственность, извѣстное лицо провладѣло 8 лѣтъ; между тѣмъ выходитъ ипотечный уставъ, отмѣняющій этотъ способъ пріобрѣтенія права собственности; такъ какъ фактъ, который могъ бы создать собственность, десятилѣтнее владѣніе, не совершился до изданія новаго закона, то и право собственности не можетъ быть пріобрѣтено. Сомнѣніе возбудилъ законъ 3 іюня 1892 года, который допустилъ неизвѣстное до того русскому законодательству право незаконорожден-

ныхъ дѣтей на наслѣдованіе послѣ матери. Сенатъ разъяснилъ, что этотъ законъ, установивъ новый порядокъ наслѣдованія, не можетъ имѣть примѣненія къ наслѣдствамъ, открывшимся послѣ лицъ, умершихъ до его обнародованія (кас. рѣш. 1903 г., № 139), потому что право наслѣдованія опредѣляется по моменту открытія наслѣдства, но новый законъ, обязывающій отца къ содержанію своихъ внѣбрачныхъ дѣтей, распространяется и на дѣтей, рожденныхъ до вступленія закона 1892 года въ дѣйствіе, потому что право на содержаніе обусловлено фактомъ существованія внѣбрачнаго ребенка, независимо отъ момента его рожденія (кас. рѣш. 1910 г., № 52).

Дѣйствіе законовъ въ отношеніи мѣста сводится къ тому общему началу, что судъ въ спорахъ между лицами, подсудными ему по мѣстожительству, и по поводу имущества, находящагося въ его округѣ, примѣняетъ законы, предназначенные для этой мѣстности. Но возможно, что въ дѣлѣ, подлежащемъ судебному разсмотрѣнію, будутъ лица, вещи или сдѣлки, относительно которыхъ допустимо сомнѣніе, какому закону подчинены они. Напр., выданъ вексель въ Берлинѣ французомъ русскому подданному, въ Москвѣ проданъ домъ англичанину, въ Парижѣ осталось наслѣдство, наслѣдники къ которому русскіе подданные, въ Варшавѣ составленъ договоръ между двумя лицами, изъ которыхъ одинъ обыкновенно подчиняется т. X, ч. 1, а другой—кодексу Наполеона и т. п. Здѣсь двѣ группы отношеній: a) отношенія, установившіяся между подданными различныхъ государствъ и b) отношенія между подданными одного и того же государства, въ которомъ дѣйствуютъ различныя нормы. Въ томъ и другомъ случаѣ возникаетъ столкновеніе (collisio) разномѣстныхъ законовъ.

Оживленныя сношенія, завязывающіяся нынѣ между гражданами разныхъ государствъ, ставятъ вопросъ передъ судомъ, какими законами долженъ онъ руководствоваться при разрѣшеніи спора, который возникъ по поводу сдѣлки, заключенной русскимъ подданнымъ съ иностранцемъ, въ Россіи или за границею, по поводу имущества, находящагося внѣ предѣловъ русской территоріи, въ формѣ, не соотвѣтствующей требованіямъ русскаго законодательства. Не подлежитъ сомнѣнію, что судъ обязанъ прежде всего примѣнять русскіе законы, разсчитанные на такіе случаи. Такъ напр. русскій законъ предписываетъ обсуждать вексельную дѣеспособность иностранца по законамъ государства, подданнымъ котораго онъ состоитъ (уст. векс. ст. 82),

или постановляетъ, что акты, совершонные въ иностранномъ государствѣ по существующимъ тамъ законамъ, хотя бы и несходно съ обрядомъ совершенія подобныхъ актовъ въ Россіи, признаются законными (уст. гражд. суд. ст. 464). Также безспорно, что судъ обязанъ руководствоваться международными трактатами, какіе будутъ заключены русскимъ правительствомъ съ другими державами, напр. по вопросу о взаимной защитѣ авторскаго права, потому что это также часть положительнаго права. Но если тотъ и другой источникъ не даетъ отвѣта, гдѣ долженъ судья искать рѣшенія?

Утверждаютъ, что существуетъ особая система частнаго международнаго права, которая обязательна для суда, какъ и его отечественное право. Взаимное отношеніе этихъ двухъ системъ понимается различно. Одни готовы утверждать, что судъ долженъ руководствоваться положеніями частнаго международнаго права, насколько этого не запрещаютъ его отечественные законы. Другіе полагаютъ, что къ этой системѣ можно обращаться только тогда, когда къ ней отсылаютъ сами отечественные законы. Въ самомъ дѣлѣ, гдѣ юридическое основаніе для судьи считать себя обязаннымъ примѣнять частное международное право, которое существуетъ только въ наукѣ? Такъ какъ для русскаго суда это не положительное право, то онъ такъ же мало подчиненъ международному праву, какъ и гражданскому праву Франціи или Германіи.

Не давая юридическаго обоснованія обязанности суда примѣнять иностранные законы, сторонники частнаго международнаго права не даютъ и сколько-нибудь твердаго критерія для опредѣленія, какой именно изъ иностранныхъ законовъ долженъ быть примѣненъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Со времени Савиньи утвердилась теорія, въ силу которой юридическія отношенія, не укладывающіяся въ предѣлы дѣйствія одного законодательства, обсуждаются не по законамъ той страны, гдѣ дѣло разсматривается въ судебномъ порядкѣ, а по законамъ той страны, которой каждое изъ нихъ принадлежитъ по своей природѣ, по своей осѣдлости, какъ выразился Савиньи, по своей точкѣ опоры, какъ говоритъ Регельсбергеръ. Но тщетно было бы искать осѣдлости юридическаго отношенія или опредѣлять его природу въ связи съ территоріей.

Въ виду сказаннаго слѣдуетъ признать, что русскій судъ, при разсмотрѣніи споровъ, вытекающихъ изъ международныхъ отношеній, обязанъ руководствоваться: 1) русскими законами,

особо изданными на этотъ случай, 2) международными трактатами, разрѣшающими вопросы, которые возникаютъ въ процессѣ, 3) общими русскими законами, въ виду того, что сила законовъ равно обязательна для всѣхъ безъ изъятія россійскихъ подданныхъ и для иностранцевъ, въ Россійскомъ Государствѣ пребывающихъ (т. I, ч. 1, ст. 85). Конечно, этотъ выводъ очень неудобенъ для международнаго оборота, но это задача законодателя восполнить пробѣлъ своего законодательства, а не дѣло судьи восполнять пробѣлы законодательства принципами, не имѣющими никакой положительной почвы.

Обращаясь къ соотношенію между различными законами, дѣйствующими въ предѣлахъ территоріи государства, мы обнаруживаемъ, что обязательность всѣхъ этихъ законовъ, какъ исходящихъ отъ той же законодательной власти, не подлежитъ сомнѣнію. Который изъ нѣсколькихъ законовъ долженъ быть примѣненъ судомъ, въ данномъ случаѣ,—это вопросъ толкованія. Необходимо принять въ соображеніе какъ указанія, находимыя въ самыхъ законахъ, такъ и тѣ акты, которыми вводилось или сохранялось дѣйствіе того или другого мѣстнаго законодательства. Въ нашемъ общемъ законодательствѣ имѣются нѣкоторыя данныя для рѣшенія вопроса о томъ, какой изъ нѣсколькихъ законовъ, дѣйствующихъ въ Россіи долженъ быть примѣняемъ судомъ.

Подъ дѣйствіемъ мѣстныхъ законовъ находятся не всѣ лица, имѣющія въ той мѣстности временное пребываніе или даже постоянное жительство, а только уроженцы тѣхъ мѣстностей. Гражданскія права и обязанности уроженцевъ губерній, состоящихъ на общихъ, безъ мѣстныхъ изъятій, правахъ, когда сіи уроженцы временно пребываютъ въ губерніяхъ и областяхъ, на особыхъ правахъ состоящихъ, опредѣляются общими законами Имперіи (т. X ч. 1 ст. 1279). То же правило слѣдуетъ признать и въ обратномъ случаѣ. Чтобы освободиться отъ дѣйствія однихъ законовъ и подчиниться дѣйствію другихъ, необходимо перечислиться изъ русскихъ губерній въ польскія, остзейскія, финляндскія, Бессарабскую, Черниговскую или Полтавскую губерніи, или наоборотъ.

Въ связи съ этимъ обстоятельствомъ дѣеспособность лицъ, права личныя и имущественныя, основанныя на бракѣ, обсуждаются по законамъ той мѣстности, для которой эти лица являются коренными жителями. Представимъ себѣ, что уроженецъ Царства Польскаго по своимъ торговымъ дѣламъ посе-

ляется въ Казани. Заключеніе его женою обязательства безъ разрѣшенія мужа можетъ быть опровергнуто послѣднимъ (гражд. кодексъ, § 184), въ противоположность полной силѣ обязательствъ, принятыхъ на себя уроженкою внутреннихъ губерній.

Вещныя и наслѣдственныя права (т. X ч. 1 ст. 1295) въ отношеніи недвижимаго имущества опредѣляются законами мѣстонахожденія недвижимости. Право залога на имѣніе, находящееся въ центральныхъ губерніяхъ, можетъ возникнуть только со времени совершенія закладной крѣпости, хотя бы договоръ заключенъ былъ въ Кишиневѣ и по мѣстнымъ законамъ далъ право обезпеченія. Наслѣдованіе движимости по закону должно a contrario обсуждаться по законамъ мѣста, въ которомъ наслѣдователь состоялъ кореннымъ жителемъ, хотя бы мѣсто его приписки и не совпадало съ мѣстомъ его послѣдняго жительства (т. X ч. 1 ст. 1286 и 1295).

Форма юридическихъ сдѣлокъ обсуждается по закону мѣста совершенія акта. Это общее правило можетъ быть выведено какъ изъ началъ, признаваемыхъ въ интересахъ международнаго общенія (уст. гражд. суд. ст. 464, т. X ч. 1, ст. 1077), такъ и изъ частнаго случая, разрѣшаемаго нашимъ законодательствомъ, а именно по вопросу о силѣ актовъ, совершаемыхъ въ Финляндіи и приводимыхъ въ дѣйствіе въ Имперіи и обратно (т. X ч. 1, ст. 708, прим. 4, приложеніе). Такова точка зрѣнія и нашей судебной практики (кас. рѣш. 1907, № 8). Такимъ образомъ домашнее завѣщаніе, написанное собственноручно въ Варшавѣ уроженцемъ русскихъ губерній, будетъ дѣйствительно, хотя бы и не было подписано свидѣтелями (гражд. кодексъ, § 970), а составленное въ Ригѣ завѣщаніе, въ которомъ супруги взаимно назначали себя наслѣдниками одинъ послѣ другого (св. мѣстн. узак., ст. 2409), должно быть утверждено петербурскимъ окружнымъ судомъ, хотя общіе законы такихъ завѣщаній не допускаютъ.

Труднѣе всего опредѣляется, какіе законы примѣняются къ правамъ обязательственнымъ. Въ видѣ общаго правила можно принять, что въ этихъ отношеніяхъ должны примѣняться законы тѣхъ мѣстъ, гдѣ произошли юридическіе факты, которые послужили основаніемъ къ установленію обязательствъ, т.-е. слѣдуетъ принять во вниманіе, гдѣ заключенъ былъ договоръ, гдѣ произошло правонарушеніе или неосновательное обогащеніе. Напр., въ 1871 году выданъ былъ въ Варшавѣ вексель; въ 1882 году предъявленъ былъ искъ въ московскомъ окруж-

номъ судѣ къ должнику, который возражалъ, что прошла давность. Возраженіе не было принято, потому что срокъ давности долженъ былъ быть принятъ не десятилѣтній, а мѣстный— тридцатилѣтній (т. X ч. 1 ст. 1549). По выданному на основаніи этого рѣшенія исполнительному листу взысканіе не производилось до 1894 г. когда кредиторъ, встрѣтивъ должника, потребовалъ отъ него платежа. На этотъ разъ ссылка должника на давность была вполнѣ основательна, потому что обязательство прежнее (вексель) превратилось въ новое (исполнительный листъ) въ губерніи, состоящей на общихъ законахъ (т. X, ч. 1, ст. 694, прим., прил. ст. 6).

§ 6.

Примѣненіе нормъ права.

Литература: Васьковскій. *Ученіе о толкованіи и примѣненіи гражданскихъ законовъ*, 1901; Шершеневичъ, *Примѣненіе нормъ права* („Ж. М. Ю.“ 1903, № 1); Пуцилло, *Теорія толкованія законовъ* („Ж. Гр. и Уг. пр.“ 1882, № 9); Есиповичъ, *О толкованіи законовъ* („Ж. М. Ю.“ 1894, № 10).

I. Логическій процессъ примѣненія. Примѣненіе закона представляетъ силлогизмъ, въ которомъ большую посылку составляетъ юридическая норма, а малою посылкой является данный случай, насколько составъ юридическаго отношенія соотвѣтствуетъ законнымъ предположеніямъ. Напримѣръ:

большая посылка: непрерывное и безспорное владѣніе въ теченіе 10 лѣтъ ведетъ къ пріобрѣтенію права собственности;

малая посылка: Ивановъ владѣлъ безспорно и непрерывно въ теченіе 10 лѣтъ имѣніемъ Караваева;

заключеніе: слѣдовательно, Ивановъ пріобрѣлъ право собственности на имѣніе Караваева.

Или другой примѣръ:

большая посылка: неблагодарность одареннаго даетъ дарителю право требовать возвращенія дара;

малая посылка: Петрова, получившая отъ мужа своего въ даръ домъ, изгнала его изъ дома и отказала въ части доходовъ, чѣмъ лишила его средствъ къ существованію;

заключеніе: слѣдовательно, Петровъ имѣетъ право потребовать отъ жены своей возвращенія подареннаго ей дома.

Главное условіе правильнаго примѣненія закона заключается въ уясненіи смысла его. Въ этомъ и состоитъ толкованіе, которое имѣетъ своею цѣлью раскрыть истинное содержаніе велѣнія закона. Въ толкованіи нуждаются всѣ вообще юридическія нормы, а не только тѣ, которыя возбуждаютъ сомнѣніе своею неясностью. Только неправильнымъ взглядомъ на сущность толкованія можно объяснить то обстоятельство, что нѣкоторые законодатели, предполагая, что издаваемые ими законы лишены всякой неясности, запрещали толковать ихъ произведенія. Такъ поступилъ Юстиніанъ, признавъ за собою монополію толкованія (ejus est interpretare legem, cujus est condere); такъ поступилъ король прусскій Фридрихъ, предложивъ судьямъ въ сомнительныхъ случаяхъ обращаться къ законодательной коммиссіи; такое же отношеніе къ толкованію проявилъ Наполеонъ I, который, узнавъ о появленіи перваго комментарія къ гражданскому кодексу, воскликнулъ: «пропалъ мой кодексъ!».

II. Критика нормъ права. Примѣненіе нормъ права предполагаетъ, что примѣняющій не сомнѣвается въ подлинности и конституціонности примѣняемыхъ законовъ. Устраненіе сомнѣній достигается критикою. Критикѣ подлежатъ не только законы, но и административныя распоряженія, обязательныя постановленія, какъ нормы права.

1. *Низшая критика* заключается въ установленіи подлинности текста, т.-е.: а) въ признаніи нормы, дѣйствительно исходящей отъ того законодателя или административнаго органа, которому она приписывается, и b) въ признаніи вѣрнаго чтенія текста. Если при современномъ порядкѣ изданія законовъ первая задача рѣдко можетъ быть возбуждена, то, напротивъ, вторая, установленіе вѣрнаго текста нормы, можетъ требовать нерѣдко труда. Въ Россіи существуетъ особое кодификаціонное учрежденіе (Отдѣленіе Свода Законовъ государственной канцеляріи), на которомъ лежитъ обязанность изданія Свода Законовъ полностью или по частямъ, съ тѣми исправленіями въ текстѣ, какія соотвѣтствуютъ дѣйствительно происшедшимъ измѣненіямъ въ законодательствѣ. Такого учрежденія и такого сборника ни въ одной странѣ не существуетъ. Поэтому въ Россіи и возникаютъ совершенно своеобразные юридическіе вопросы, связанные съ дѣятельностью кодификаціоннаго (административнаго) учрежденія. При внесеніи новаго закона въ Сводъ онъ можетъ быть разнесенъ по частямъ или помѣщенъ не на мѣстѣ, такъ что измѣнится смыслъ его велѣній, или же

будетъ показанъ неправильно отмѣненнымъ или замѣненнымъ старый законъ. При той юридической силѣ, какая признается за нашимъ Сводомъ Законовъ, юридическое значеніе имѣетъ не статья Свода, а подлинный законъ, лежащій въ ея основаніи. Сенатъ пришелъ къ выводу, что допущенныя въ кодификаціонномъ порядкѣ ошибки не имѣютъ обязательнаго значенія (1882, № 129 ср. 1905, № 100). Поэтому на обязанности критики лежитъ сопоставленіе текста Свода Законовъ съ текстомъ «Собранія узаконеній и распоряженій правительства» для опредѣленія правильнаго чтенія закона.

2. *Высшая критика* заключается въ повѣркѣ юридической силы обнародованныхъ законовъ, т.-е. въ установленіи того факта, что: a) обнародованный законъ является выразителемъ воли тѣхъ элементовъ власти, которымъ присвоена законодательная власть, и b) что обнародованный законъ не противорѣчитъ основнымъ началамъ конституціи. Можно себѣ представить, что будетъ обнародованъ въ видѣ закона проектъ, отвергнутый Думою, но принятый Государственнымъ Совѣтомъ и утвержденный Государемъ,—такой актъ не можетъ быть признанъ закономъ и судъ не въ правѣ его примѣнять. Право отвергать юридическую силу за подобными актами должно быть безусловно признано за русскими судьями. Труднѣе вопросъ о правѣ суда провѣрять конституціонность обнародованнаго закона. Это право, отвергаемое на континентѣ Европы, широко осуществляется въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, конституція которой строится на началѣ строгаго раздѣленія властей. Вопросъ этотъ можетъ возникнуть и у насъ. Согласно нашимъ Основнымъ Законамъ, собственность неприкосновенна и принудительное отчужденіе возможно не иначе, какъ за справедливое и приличное вознагражденіе (т. I ч. 1, изд. 1906 г., ст. 77). Можно представить себѣ, что въ законодательномъ порядкѣ принято будетъ принудительное отчужденіе нѣкоторыхъ разрядовъ имѣній безъ вознагражденія или за ничтожное вознагражденіе. Не признаютъ ли себя суды въ правѣ оцѣнить обнародованный законъ съ точки зрѣнія его согласованности съ Основными Законами? Слѣдуетъ имѣть въ виду, однако, что у насъ законы обнародываются Сенатомъ, который не долженъ обнародывать законодательныхъ постановленій, если порядокъ ихъ изданія не соотвѣтствуетъ положеніямъ Основныхъ Законовъ. Отсюда можно сдѣлать два вывода: 1) Сенатъ провѣряетъ конституціонность предложенныхъ

ему къ обнародованію законовъ со стороны формы, а не содержанія: 2) обнародованіе закона со стороны Сената не предрѣшаетъ вопроса о конституціонности закона съ матеріальной его стороны.

III. Толкованіе нормъ права. За критикою наступаетъ толкованіе. Смотря по тому, откуда исходитъ толкованіе закона, различаютъ толкованіе аутентическое и научно-судебное. *Аутентическое толкованіе*, исходящее отъ самого законодателя, предусматривается нашимъ законодательствомъ (т. I ч. 1, изд. 1906 г., ст. 89) и представляетъ собою, въ сущности, изъясненіе смысла прежняго закона новымъ закономъ. Авторитетъ такого толкованія заключается въ авторитетѣ толкователя— если бы его толкованіе было и невѣрно, если бы толкователь вкладывалъ совершенно новый смыслъ въ прежній законъ,— оно все же будетъ имѣть обязательную силу. Поэтому аутентическое толкованіе не подходитъ подъ тотъ умственный процессъ уясненія мысли, который называется толкованіемъ и который зависитъ отъ убѣжденія, а не отъ внѣшней обязательности. Формою аутентическаго толкованія слѣдуетъ признать рѣшенія Сената, печатаемыя безъ указанія дѣла, по которому возникло рѣшеніе, въ видѣ указа, вызваннаго предложеніемъ министра юстиціи по случаю доходящихъ до его свѣдѣнія вопросовъ, разрѣшаемыхъ неоднообразно въ судебныхъ мѣстахъ или же возбуждающихъ на практикѣ сомнѣнія (учр. суд. уст. ст. 259[1]). При этомъ нельзя не признать, что такой пріемъ разъясненія законовъ не согласуется съ Основными Законами 23 апрѣля 1906 года.

Истиннымъ толкованіемъ слѣдуетъ признать *научно-судебное толкованіе*, которое исходитъ отъ ученыхъ или практиковъ и которое почерпаетъ силу убѣдительности въ нравственномъ авторитетѣ науки и суда. Если въ дореформенное время стремились ограничить свободу толкованія изъ опасенія «обманчиваго непостоянства самопроизвольныхъ толкованій» (т. I ч. 1, изд. 1892, ст. 65), то послѣ судебной реформы 1864 года въ судебныхъ установленіяхъ было воспрещено останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности, недостатка или противорѣчія законовъ. За нарушеніе этого правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за отказъ въ правосудіи (уст. гражд. суд. ст. 10).

Раскрывая содержаніе юридической мысли, отыскивая мысль, заключенную въ форму закона, толкователю приходится встрѣ-

титься съ вопросомъ, долженъ ли онъ ограничиться тою мыслью, которая вложена въ законъ, или же онъ обязанъ идти дальше и стремиться къ раскрытію воли законодателя? Вопросъ этотъ представляется въ высшей степени спорнымъ. Одни ученые, какъ Виндшейдъ, Гирке, Регельбергеръ, считаютъ задачей толкованія доискаться выраженной въ законѣ воли законодателя. Другіе, въ томъ числѣ Биндингъ, Баръ, Колеръ, полагаютъ, что предметомъ толкованія является воля закона, совершенно оторванная отъ воли законодателя. По мнѣнію первыхъ законъ есть выраженіе мысли или изъявленіе воли законодателя, и примѣненіе закона не можетъ не считаться съ тѣмъ, что думали или хотѣли живые люди, облеченные законодательною властью. Другіе, напротивъ, полагаютъ, что при толкованіи необходимо остановиться на той мысли, которая нашла себѣ выраженіе въ самой нормѣ, и не доискиваться воли творца ея, котораго мы не знаемъ и котораго психическій міръ намъ недоступенъ. Если «воля закона» является выраженіемъ фигуральнымъ, то такимъ же слѣдуетъ признать и «волю законодателя». Истинный авторъ закона такъ же мало уловимъ въ парламентскихъ дебатахъ, какъ и въ министерскихъ канцеляріяхъ. Для примѣняющихъ нормы права законъ—анонимное произведеніе. Различіе теоретическихъ взглядовъ отражается и въ практическомъ отношеніи на примѣненіи нормъ права. Съ субъективной точки зрѣнія, т.-е. считаясь съ волею законодателя, необходимо толковать законы въ соотвѣтствіи съ условіями ихъ изданія. Съ объективной точки зрѣнія рѣшающимъ моментомъ при толкованіи закона являются условія его примѣненія. Если слѣдуетъ искать волю законодателя, то для толкованія закона огромное значеніе имѣютъ мотивы, которыми нерѣдко сопровождается изданіе законовъ, парламентскія пренія и т. п. При противоположномъ взглядѣ эти матеріалы цѣны не имѣютъ.

Въ связи съ разсмотрѣннымъ вопросомъ находится другой: слѣдуетъ ли толковать законъ по тому смыслу, какой ему придавался во время его изданія, или по тому смыслу, какой можно придать ему во время его примѣненія, вслѣдствіе измѣнившихся условій его дѣйствія? Этотъ вопросъ пріобрѣтаетъ особенно важное значеніе въ Россіи, потому что русское законодательство представляетъ собою не актъ единовременнаго творчества, а механическую сводку законодательныхъ произведеній разнаго времени. Если стоять на той точкѣ зрѣнія, что законъ долженъ служить жизни, не долженъ тормозить ея дви-

женія своимъ отсталымъ содержаніемъ, то можно высказаться за толкованіе закона путемъ приспособленія его къ современнымъ условіямъ. Но такое измѣненіе смысла закона по усмотрѣнію лицъ, его примѣняющихъ, противорѣчитъ началу законности и авторитету закона. По данному вопросу Сенатъ призналъ, какъ общее правило, что каждый законъ, при неясности его, толкуется по источникамъ, на основаніи которыхъ онъ составленъ (кас. рѣш. 1909, № 35), хотя самъ Сенатъ далеко не всегда выдерживаетъ эту точку зрѣнія.

Извѣстно, что выраженіе мысли въ словесномъ или письменномъ предложеніи далеко не всегда согласуется съ точностью самой мысли. Это несоотвѣтствіе мысли съ ея выраженіемъ обнаруживается или изъ самой статьи, или изъ сопоставленія ея съ другими статьями. Въ результатѣ такого изслѣдованія можетъ обнаружиться, что выраженіе мысли шире ея дѣйствительнаго содержанія, и тогда выступаетъ *ограничительное толкованіе*, которое имѣетъ въ виду съузить форму выраженія до объема, соотвѣтствующаго истинной мысли закона. Наоборотъ, словесный смыслъ можетъ оказаться уже истинной мысли, законъ не съумѣлъ охватить всѣ тѣ жизненныя отношенія, которыя, по вложенной въ него мысли, имѣлось въ виду обнять. Тогда наступаетъ чередъ за *распространительнымъ толкованіемъ*, которое имѣетъ своею задачею расширить пониманіе закона за предѣлы словеснаго выраженія до дѣйствительнаго содержанія закона.

Примѣромъ ограничительнаго толкованія можетъ служить изъясненіе Сената, что опекуны за труды свои получаютъ вознагражденіе въ размѣрѣ 5% изъ доходовъ малолѣтняго (т. X ч. 1 ст. 284) только чистыхъ, а не валовыхъ; хотя законъ такого ограниченія не дѣлаетъ, но словесное выраженіе, очевидно, не соотвѣтствуетъ мысли закона возложить на опекуна заботы о сохраненіи имущества опекаемаго. Примѣромъ распространительнаго толкованія можетъ служить разъясненіе Сената, что, хотя п. 6 ст. 216 пол. о каз. подр. и пост. говоритъ о моровой язвѣ, какъ причинѣ освобождающей отъ отвѣтственности за неисполненіе договора, но что сюда же слѣдуетъ отнести и холеру, потому что законодатель, очевидно, имѣлъ въ виду не названіе болѣзни, а то дѣйствіе повальной болѣзни, которое выражается въ многочисленныхъ жертвахъ, народной паникѣ, замѣшательствѣ въ торговлѣ и промышленности (кас. рѣш. 1909, № 111). Однако, по принятому Сенатомъ принципу,

никакой законъ, ограничивающій чье-либо право, не можетъ быть толкуемъ распространительно и примѣняемъ къ случаямъ, прямо въ немъ непредусмотрѣннымъ (кас. рѣш. 1909, № 79), или иначе, установленное закономъ для точно опредѣленнаго случая изъятіе изъ общаго правила не допускаетъ распространительнаго толкованія (кас. рѣш. 1909, № 97).

IV. Пріемы толкованія. Для выясненія мысли, содержащейся въ законѣ, толкователь можетъ прибѣгнуть къ различнымъ пріемамъ. Онъ обращается къ грамматическому смыслу тѣхъ словъ, которыя употреблены въ законѣ; онъ можетъ выяснить мысль логическимъ сопоставленіемъ однѣхъ частей закона съ другими; онъ воспользуется историческими данными, вызвавшими появленіе закона; онъ сопоставитъ данную статью съ тѣмъ мѣстомъ, какое она занимаетъ въ общей системѣ. Эти различные пріемы толкованія даютъ основаніе для различенія видовъ толкованія.

1. *Грамматическое толкованіе* состоитъ въ разъясненіи содержанія закона при помощи этимологическихъ и синтаксическихъ правилъ языка, при помощи значенія тѣхъ словъ, которыми воспользовался законодатель. Задача толкователя состоитъ въ томъ, чтобы предложеніе, въ которомъ выражено законодательное велѣніе, разложить на рядъ представленій, связанныхъ съ каждымъ словомъ, употребленнымъ въ текстѣ. Напр., когда законъ говоритъ о дисциплинарной власти родителей, то, пользуясь общепринятымъ значеніемъ этого слова, мы должны признать эту власть только за отцомъ и матерью (т. X ч. 1 ст. 164), но не вообще за восходящими родственниками. Если законодатель употребляетъ какое-либо выраженіе въ опредѣленномъ смыслѣ, мы не въ правѣ опираться на несовпадающее съ техническимъ общежитейское словоупотребленіе; напр., выраженіе «крестьянскій дворъ» на юридическомъ языкѣ имѣетъ не то значеніе, какое ему придается въ разговорномъ.

2. *Логическое толкованіе* есть выясненіе мысли, содержащейся въ законѣ, на основаніи сочетанія словъ, употребленныхъ въ законѣ для ея выраженія. Въ противоположность грамматическому толкованію, имѣющему дѣло съ отдѣльными словами или съ грамматической разстановкой словъ, логическое толкованіе основывается на взаимномъ соотношеніи выраженныхъ въ законѣ словами представленій. Напр., въ ст. 220 т. X ч. 1 несовершеннолѣтнему дозволяется управленіе его имѣніемъ и въ то же время запрещается совершать сдѣлки

какого-либо рода. Логическое сопоставленіе частей статьи приводитъ къ заключенію, что законъ имѣетъ въ виду запретить сдѣлки, выходящія за предѣлы управленія.

3. *Историческое толкованіе* понимается въ двоякомъ смыслѣ. Это есть пріемъ уясненія значенія изданнаго закона путемъ сопоставленія его съ текстомъ закона, дѣйствовавшаго передъ тѣмъ. Въ другомъ смыслѣ историческое толкованіе составляетъ пріемъ уясненія закона путемъ исхожденія отъ тѣхъ историческихъ условій, при которыхъ создавался законъ и которыя способны объяснить цѣль закона. Примѣромъ такого толкованія можетъ служить рѣшеніе Сената о непримѣнимости давности владѣнія къ церковнымъ землямъ (кас. рѣш. 1893, № 2), которое, на основаніи того же пріема было въ литературѣ опровергнуто.

4. Наконецъ, *систематическое толкованіе* прибѣгаетъ, для разъясненія мысли даннаго закона, къ сопоставленію и противопоставленію его съ другими статьями. Систематизированный кодексъ открываетъ широкое поле для такого пріема. Напротивъ, Сводъ, составленный изъ статей, различныхъ по времени происхожденія и нерѣдко случайно вставленныхъ на данное мѣсто, крайне затрудняетъ пользованіе пріемами систематическаго толкованія. Примѣромъ такого толкованія можетъ служить сопоставленіе ст. 711 и 1513 со ст. 712 и 1514 т. X ч. 1, для выясненія, насколько необходима передача для пріобрѣтенія права собственности на движимость.

V. Неполнота и недостатокъ нормъ. Возможно, что на разсмотрѣніе суда представится случай, который прямо закономъ не разрѣшается, потому что законодатель, составляя правило, упустилъ изъ виду нѣкоторыя отношенія или не могъ предвидѣть ихъ, потому что во время изданія закона не существовало такихъ бытовыхъ отношеній. При отсутствіи закона, вполнѣ совпадающаго по своему содержанію съ элементами даннаго случая, который подлежитъ судебному разрѣшенію, пользуются закономъ, наиболѣе соотвѣтствующимъ въ своемъ содержаніи. Примѣненіе закона производится по сходству. Этотъ пріемъ восполненія законодательной неполноты называется *аналогическимъ толкованіемъ*. Такъ, напр., законъ (т. X ч. 1 ст. 533[1]) устанавливаетъ, что передача родового имѣнія въ пожизненное пользованіе должна происходить по описи. Для благопріобрѣтенныхъ имѣній такого правила нѣтъ, но наша практика устранила неполноту, воспользовавшись аналогическимъ толкованіемъ (кас. рѣш. 1878, № 7). Въ законѣ (уст.

гражд. суд. ст. 1016) сказано, что хранитель арестованнаго имущества не имѣетъ права пользоваться ввѣреннымъ его храненію и не долженъ отдавать онаго другимъ, но обязанъ сохранять въ цѣлости; по аналогіи практика распространила это положеніе и на хранителя наслѣдственнаго имущества, а отсюда былъ сдѣланъ выводъ, что лицо, которому судебнымъ приставомъ передано въ порядкѣ охраны наслѣдственное имущество, не можетъ предъявлять иска въ качествѣ представителя этого имущества (кас. рѣш. 1909, № 87). Аналогическое толкованіе отличается отъ распространительнаго толкованія тѣмъ, что послѣднее основывается на предположеніи, что законъ хотѣлъ распространить свое дѣйствіе и на данный случай, только не успѣлъ этого выразить, тогда какъ аналогическое толкованіе исходитъ изъ предположенія, что законъ, оставаясь логичнымъ, хотѣлъ бы распространить свое дѣйствіе, если бы предусмотрѣлъ данный случай, упущенный имъ изъ виду.

Наконецъ, можетъ быть, что извѣстный случай совершенно не предусмотрѣнъ закономъ и нельзя распространить примѣненіе какого-либо закона даже по сходству отношеній. Тогда обнаруживается «недостатокъ» закона, въ случаѣ котораго уставъ гражданскаго судопроизводства обязываетъ судебныя установленія основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ (ст. 9), называемомъ иначе *аналогіей права*. Судъ въ этомъ случаѣ долженъ принять во вниманіе тѣ общія начала, принципы, которые положены въ основу законодательства, и съ этой точки зрѣнія создавать норму на данный случай. Конечно, чѣмъ казуистичнѣе законодательство, тѣмъ эта задача труднѣе. Если принять въ соображеніе, что аналогія права примѣняется тамъ, гдѣ обнаруживается недостатокъ соотвѣтствующаго закона, то очевидно, что аналогія не можетъ быть причислена къ способамъ толкованія законовъ, а составляетъ особый пріемъ, стоящій рядомъ съ толкованіемъ законовъ. Сенатъ совершенно неправильно смѣшиваетъ аналогію права съ аналогіей закона (кас. рѣш. 1910, № 39). При недостаткѣ закона, способнаго по сходству служить руководствомъ для судьи, слѣдовательно, при невозможности воспользоваться аналогическимъ толкованіемъ (аналогіей закона), приходится обращаться къ общему смыслу законовъ (аналогія права). Швейцарскій кодексъ 1907 г., предлагая судьѣ, въ случаѣ пробѣла въ законѣ и обычномъ правѣ, стать въ положеніе законодателя (§ 1), въ сущности устраняетъ аналогію права. Различіе между русскимъ и швей-

царскимъ судьями, при недостаткѣ нормъ права, выражается въ слѣдующемъ. Нашъ судья, встрѣтившись съ пробѣломъ, долженъ стать на предполагаемую точку русскаго законодателя, которую онъ можетъ установить на основаніи всего дѣйствующаго законодательства, и обязанъ разрѣшить данный случай съ точки зрѣнія той нормы, какую создалъ бы русскій законодатель. Швейцарскій судья, встрѣтившись съ такимъ пробѣломъ, долженъ стать въ положеніе самостоятельнаго законодателя, и, вдохновленный наукою и судебной практикой, обязанъ разрѣшить данный случай съ точки зрѣнія той нормы, какую онъ самъ создалъ бы, если бы былъ законодателемъ. Это напоминаетъ римскаго претора.

VI. Разъясненія Сената. Особенное значеніе имѣетъ у насъ толкованіе кассаціонныхъ департаментовъ Сената въ виду того, что рѣшенія и опредѣленія ихъ, которыми разъясняется точный смыслъ законовъ, публикуются во всеобщее свѣдѣніе для руководства къ единообразному истолкованію и примѣненію ихъ (уст. гр. суд. ст. 815). Обязательная сила даннаго Сенатомъ толкованія распространяется только на тотъ случай, который подалъ поводъ къ кассаціи и въ отношеніи того суда, куда дѣло передано Сенатомъ (уст. гражд. суд. ст. 813). Опубликованіе рѣшеній Сената имѣетъ важное значеніе въ томъ смыслѣ, что силою своего нравственнаго авторитета они могутъ склонять всѣ суды Имперіи къ однообразному пониманію и примѣненію законовъ и тѣмъ устранять разногласіе, столь вредное для твердости бытовыхъ отношеній. Съ этой точки зрѣнія кассаціонныя рѣшенія могутъ имѣть такое же значеніе источниковъ права, какъ и наука, т.-е. они убѣждаютъ въ правильности своего толкованія, но обязательная сила имъ чужда.

Однако, Сенатъ идетъ далѣе и придаетъ своимъ рѣшеніямъ не только нравственное, но и юридическое значеніе, предполагая ихъ обязательность для судовъ на будущее время (кас. рѣш. 1909, № 82), т.-е. придаетъ имъ силу закона. Исходя послѣдовательно изъ взгляда на кассаціонное рѣшеніе, какъ на законъ, Сенатъ находитъ, что толкованіе закона, несогласное съ послѣдовавшими уже разъясненіями Сената, составляетъ само по себѣ поводъ къ кассаціи (кас. рѣш. 1870, № 1598). Но нигдѣ въ нашемъ законодательствѣ не признано за Сенатомъ права издавать законы, его нельзя открыть и въ ст. 815 уст. гражд. суд. Наши ученые юристы съ поразительнымъ еди-

нодушіемъ отрицаютъ юридическую обязательность кассаціонныхъ рѣшеній. Ихъ доводы заключаются въ слѣдующемъ: 1) Судебные уставы вмѣняютъ судамъ въ обязанность рѣшать по точному разуму дѣйствующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности, противорѣчія, а въ гражданскомъ процессѣ и недостатка,—на общемъ смыслѣ законовъ. 2) Если законъ счелъ нужнымъ указать тотъ спеціальный случай, когда сенатскія разъясненія имѣютъ обязательную силу,—для суда, въ который передано за отмѣною рѣшенія производство дѣла,—то a contrario слѣдуетъ, что въ другихъ случаяхъ эта сила имъ не присвоена. 3) Судебные уставы 1864 года не сопровождались отмѣною ст. 69 прежнихъ Основныхъ Законовъ, которая гласила, что «судебныя рѣшенія дѣлъ частныхъ не могутъ быть признаваемы закономъ общимъ, для всѣхъ обязательнымъ, нижé служить основаніемъ рѣшеній по дѣламъ подобнымъ», и которая совершенно не согласовалась съ тою силою, какую Сенатъ хотѣлъ придать своимъ разъясненіямъ. 4) Если бы сенатскія разъясненія имѣли силу нормы права, то они связывали бы Сенатъ, который, однако, не стѣсняется отступать отъ разъ высказаннаго мнѣнія и пересматривать свои разъясненія.

§ 7.

Система гражданскаго права.

Литература: Малышевъ, *Курсъ общаго гражданскаго права*, I, стр. 318—355; Шершеневичъ, *Къ вопросу о системѣ гражданскаго права* („Юр. Лѣт.“ 1892, № 9).

I. Институціонная система. Подъ именемъ юридической нормы понимается выработанное самою жизнью или установленное законодателемъ правило, которое регулируетъ путемъ принужденія взаимныя отношенія между гражданами. Совокупность нормъ или положеній, объединенныхъ единствомъ содержанія, внутреннею связью по предмету опредѣленія, составляетъ юридическій институтъ, какъ, напр., институтъ опеки, залоговой, брачный. Совокупность юридическихъ нормъ или институтовъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ извѣстной территоріи, составляетъ положительное право даннаго народа (терминъ «положительный» выдвигаетъ противоположность между исторически сложившимся порядкомъ и идеальнымъ естественнымъ

правомъ). Классификація институтовъ представляетъ собою систему права.

Вопросъ о системѣ права возникаетъ въ исторіи сравнительно поздно. Первоначальные сборники народныхъ обычаевъ и законовъ содержатъ и излагаютъ нормы въ хронологическомъ порядкѣ ихъ появленія, такъ какъ и самыя нормы создаются казуистически, смотря по обстоятельствамъ, вызвавшимъ ихъ существованіе. Эти нормы, внѣ всякаго обобщенія, слѣдуютъ другъ за другомъ въ совершенно случайномъ порядкѣ. Только иногда встрѣчается стремленіе выдвинуть впередъ болѣе важныя нормы, каковыми обыкновенно являются въ представленіи мало развитого юридическаго быта нормы процессуальныя.

Первою научною системою мы обязаны римскимъ юристамъ: «Omne jus, quo utimur,—говоритъ Гай,—vel ad persones, vel ad res, vel ad actiones pertinet», такъ что система права представляетъ три отдѣла: personae, res, actiones. Въ основаніи этой системы лежитъ совершенно вѣрная мысль, что всѣ иски возникаютъ и существуютъ между лицами по поводу вещей, слѣдовательно система имѣетъ въ виду три существенныхъ элемента права: субъектъ, объектъ и охраненное судебною защитою отношеніе. Такъ какъ эта система принята была въ римскихъ институціяхъ, то она называется обыкновенно римскою системою или институціонною. Она легла въ основаніе французскаго гражданскаго уложенія, а изъ Франціи перешла въ другія страны. Той же легальной системы придерживается научная литература Франціи, Италіи, Бельгіи, а также Англіи. Римская система страдаетъ важными недостатками,—во-первыхъ, чрезмѣрною общностью, ослабляющею самое значеніе классификаціи, и, во-вторыхъ, педагогическими неудобствами, въ виду полнаго отсутствія постепенности въ раскрытіи правовыхъ началъ, невозможности послѣдовательно переходить отъ простыхъ къ сложнымъ нормамъ.

II. Пандектная система. Болѣе приближается къ требованіямъ научной классификаціи германская система или пандектная, получившая распространеніе въ прошломъ столѣтіи, особенно благодаря авторитету Савиньи. Гражданское право дѣлится на четыре группы: 1) вещное, 2) обязательственное, 3) семейное и 4) наслѣдственное; всѣмъ имъ предшествуетъ общая часть, содержащая положенія, общія всѣмъ четыремъ группамъ. Эта система была общепринята въ германской юриспруденціи при изложеніи пандектнаго и германскаго права.

Здѣсь же, въ Германіи, она проникла и въ законодательную сферу. Прежде всего она была принята саксонскимъ законодательствомъ и легла въ основу гражданскаго уложенія 1863 года. Та же система, какъ національная, была принята составителями германскаго гражданскаго уложенія 1896 года съ тою только разницею, что обязательственное право, безъ достаточнаго, впрочемъ, основанія, поставлено ранѣе вещнаго.

Германская система имѣетъ несомнѣнныя преимущества передъ римской. Понятія о субъектѣ и объектѣ, какъ и нѣкоторыя другія, составляющія необходимыя условія правоотношеній, разсматриваются предварительно въ общей части. Далѣе слѣдуютъ четыре группы гражданскихъ правъ въ возрастающей сложности. Самый простой отдѣлъ системы составляетъ право, опредѣляющее отношенія одного лица къ другимъ по поводу непосредственнаго обладанія и пользованія предметами внѣшняго міра. Обязательственное право, имѣющее своимъ главнымъ содержаніемъ взаимный обмѣнъ вещей и услугъ, предполагаетъ уже знакомство съ вещнымъ правомъ, потому что многіе договоры направлены къ установленію вещнаго права. Семейное право представляетъ отношеніе одного субъекта къ другимъ, не только личное, но и имущественное, слѣдовательно предполагаетъ знаніе вещнаго и обязательственнаго права. Наконецъ, наслѣдственное право, основанное на переходѣ, по случаю смерти лица, правъ на имущество, въ составъ котораго входятъ вещныя и обязательственныя права, къ лицу, наслѣдственное право котораго вытекаетъ чаще всего изъ семейныхъ отношеній, предполагаетъ предварительное ознакомленіе съ вещнымъ, обязательственнымъ и семейнымъ правами. Эта постепенность возрастающей сложности, предположеніе въ послѣдующемъ изложеніи знакомства съ предшествующимъ, составляетъ наиболѣе цѣнную сторону германской системы.

Но она имѣетъ также слабыя стороны, которыя нѣсколько уменьшаютъ ея научное значеніе. Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что германская система разсчитана на то только содержаніе, которое заключается въ пандектахъ. Между тѣмъ жизнь выдвинула не мало новыхъ правовыхъ институтовъ, неизвѣстныхъ римскому праву, которые не находятъ себѣ мѣста въ германской системѣ, напр., институты авторскаго, художественнаго, музыкальнаго права. Современный экономическій, главнымъ образомъ, торговый оборотъ, создалъ такіе институты, какъ привилегіи на промышленныя

изобрѣтенія, права на фирму, на клеймо, на фабричные рисунки и модели. Нѣкоторые хотѣли бы пополнить систему гражданскаго права еще правами личности. Сюда относятъ права на жизнь, свободу, честь, неприкосновенность. По мнѣнію Регельсбергера «право личности есть первое и важнѣйшее изъ всѣхъ гражданскихъ правъ: оно обнимаетъ высшія блага человѣка». Соглашаясь съ важностью этихъ интересовъ, нельзя признать за ними свойства гражданскаго права. Ихъ отличительная черта—неотдѣлимость отъ личности, а слѣдовательно неотчуждаемость. Слѣдовательно въ эту группу нельзя включать, какъ это дѣлаютъ тотъ же Регельсбергеръ или Гирке, ни авторскаго права, ни фирмы. Вообще кругъ этихъ правъ крайне неопредѣленный, а порядокъ защиты ихъ, напр., личной неприкосновенности съ одной стороны, фабричнаго клейма—съ другой,—чрезвычайно различенъ. Поэтому включить всѣ права личности въ гражданское право и составить изъ нихъ особый отдѣлъ въ системѣ—невозможно.

Во-вторыхъ, слабая сторона германской системы заключается въ отсутствіи общаго начала, по которому систематизируются институты. Если вещное и обязательственное права стоятъ рядомъ, вслѣдствіе глубокаго различія ихъ, какъ юридическихъ средствъ, какъ способовъ обезпеченія интересовъ, то наслѣдственное право, составляя сочетаніе вещныхъ и обязательственныхъ правъ, не можетъ стоять на одной доскѣ съ ними. Выдѣленіе семейнаго и наслѣдственнаго правъ не основано на томъ признакѣ, который взятъ для различія вещнаго и обязательственнаго права. Такимъ образомъ, германская система допускаетъ нарушеніе основныхъ условій научной классификаціи, которая должна: а) обнимать весь матеріалъ, подлежащій изученію данной науки, и б) обладать единствомъ въ признакахъ объединенія и различія.

Однако, этотъ научный недостатокъ не лишаетъ германскую систему ея педагогическихъ достоинствъ. Поэтому, за отсутствіемъ лучшей системы, а также въ виду учебной цѣли настоящаго руководства, въ основу его будетъ положена именно эта система съ нѣкоторымъ измѣненіемъ, со включеніемъ тѣхъ институтовъ, которые, какъ было указано, не вошли въ нее. Такимъ образомъ, все изложеніе будетъ раздѣлено на слѣдующіе отдѣлы: I) общая часть и II) особенная часть: 1) вещное право, 2) исключительное право, 3) обязательственное право, 4) семейное право и 5) наслѣдственное право.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

§ 8.

Юридическія отношенія.

Литература: Коркуновъ, *Лекціи по общей теоріи права*, стр. 137—165; Муромцевъ, *Опредѣленіе и основное раздѣленіе права*, 1879, стр. 53—93; Гриммъ, *Юридическое отношеніе и субъективное право* (Ж. М. Ю." 1897, апрѣль и май); Гриммъ, *Основы ученія о юридической сдѣлкѣ*, 1900; Шершеневичъ, *Общая теорія права*, §§ 61—66.

I. Общее понятіе. Юридическимъ отношеніемъ будетъ всякое бытовое отношеніе, когда и насколько оно опредѣляется юридическими нормами. Юридическое отношеніе—это только одна сторона бытового отношенія, отвлеченіе отъ цѣльнаго жизненнаго явленія. Положимъ, одно лицо предоставляетъ другому въ пользованіе за вознагражденіе свою землю; въ этомъ отношеніи, связующемъ обоихъ, обнаруживается экономическая сторона, насколько они руководствуются хозяйственными соображеніями, напр., при опредѣленіи величины арендной платы; имѣется нравственная сторона, насколько они подчиняются нормамъ нравственности, напр., при отсрочкѣ арендной платы въ виду плохого урожая. Въ этомъ же отношеніи имѣется и юридическая сторона, насколько одинъ пріобрѣтаетъ право требовать отъ другого, а послѣдній обязывается исполнить предписываемое юридическими правилами, напр., внести въ срокъ условленную арендную плату.

Отвлеченное отъ цѣльнаго жизненнаго явленія, частно-правовое отношеніе представляетъ собою *основанное на юридическомъ фактѣ соотвѣтствіе права и обязанности, которыя устанавливаются между лицами.* Праву соотвѣтствуетъ всегда

обязанность,—представленіе объ одномъ неразрывно связано съ представленіемъ о другой. Юридическія отношенія въ области публичнаго права не обладаютъ указаннымъ сейчасъ признакомъ, характернымъ для частно-правовой сферы. Въ публичномъ правѣ существуютъ юридическія отношенія, въ которыхъ имѣется только обязанность, безъ соотвѣтствующаго права. Такъ, напр., отношеніе судебнаго слѣдователя къ обвиняемому составляетъ юридическое отношеніе, насколько оно опредѣляется закономъ, но здѣсь на лицо только обязанности слѣдователя, и если иногда говорятъ о правѣ его, напр., арестовать подозрѣваемаго, то это только въ смыслѣ обязанности, при наличности указанныхъ въ законѣ условій, подвергнуть преступника задержанію.

Общественная жизнь создаетъ массу самыхъ разнообразныхъ конкретныхъ отношеній, которыми связаны отдѣльные члены общества и съ которыми поэтому приходится имѣть дѣло суду. Совокупность конкретныхъ юридическихъ отношеній составляетъ правовой бытъ народа. Отдѣляя въ повторяющихся юридическихъ отношеніяхъ наиболѣе общіе признаки и оставляя въ сторонѣ конкретныя отношенія, мы получимъ типичныя юридическія отношенія, съ которыми имѣютъ дѣло законодатель и наука. Такъ, наприм., отбросивъ въ договорѣ имущественнаго найма все разнообразіе сроковъ, размѣра и формъ арендной платы, мы сохранимъ типичную обязанность вознагражденія, лежащую на арендаторѣ.

II. Строеніе юридическаго отношенія. Юридическое отношеніе разлагается на слѣдующіе элементы: субъекты, объектъ, право, обязанность.

1. Юридическое отношеніе предполагаетъ наличность, по крайней мѣрѣ, двухъ лицъ. Одно лицо, которому принадлежитъ право, носитъ названіе *активнаго субъекта*, иначе субъекта права; другое лицо, на которомъ лежитъ соотвѣтствующая обязанность, называется *пассивнымъ субъектомъ*. Число пассивныхъ субъектовъ отъ одного (въ обязательствѣ) достигаетъ общаго числа всѣхъ подчиненныхъ той же политической власти, какъ и активный субъектъ (въ собственности). Весьма ошибочно мнѣніе нѣкоторыхъ юристовъ (напр., Дернбурга, а у насъ Побѣдоносцева), предполагающихъ возможность юридическаго отношенія, въ которомъ былъ бы только одинъ субъектъ, активный. Опредѣляютъ право собственности, какъ отношеніе лица къ вещи. Но юридическое отношеніе возможно только между

лицами. Гдѣ нѣтъ общества, тамъ нѣтъ и права, а слѣдовательно и юридическихъ отношеній. Робинзонъ Крузоэ господствовалъ надъ всѣмъ островомъ, имѣлъ необходимые для его потребностей предметы, но отношеніе его къ нимъ было только фактическое. Какъ остроумно замѣчаетъ французскій юристъ Пляньоль, непосредственное отношеніе къ вещи наблюдается только у вора, отъ котораго собственникъ тѣмъ именно и отличается, что его отношеніе къ вещи обязательно для другихъ лицъ. Также несостоятельно утвержденіе нѣкоторыхъ, какъ, напр., Беккера или Регельсбергера, будто возможно правовое отношеніе безъ активнаго субъекта. Это противно и логикѣ и дѣйствительности.

По числу субъектовъ различаются между собою абсолютныя права и относительныя. Права абсолютныя—это тѣ, въ которыхъ праву активнаго субъекта соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ лицъ, подчиненныхъ той же политической власти, и которыя потому охраняются противъ каждаго, забывшаго лежащую на немъ обязанность. Сюда относятся: a) вещныя права (собственность, права на чужую вещь): b) исключительныя права (авторское, художественное, музыкальное, фирменное, привилегіи на промышленныя изобрѣтенія и нѣкот. др.); c) права личной власти (мужа, родителей, опекуновъ). Правами относительными называются тѣ, въ которыхъ праву активнаго субъекта соотвѣтствуетъ обязанность извѣстныхъ, опредѣленныхъ субъектовъ, одного или нѣсколькихъ. Этотъ разрядъ составляютъ: a) обязательственныя права; b) права на алименты.

2. Каждое юридическое отношеніе возникаетъ по поводу извѣстнаго интереса, преслѣдуемаго членами общества. *Объектомъ* юридическаго отношенія является все то, что̀ можетъ служить, при помощи права, средствомъ осуществленія интереса. Такими средствами являются: a) вещи, какъ части внѣшняго міра, b) дѣйствія другихъ лицъ. Когда объекты юридическаго отношенія составляютъ вещи, то отношеніе носитъ названіе вещнаго права; когда объектомъ являются дѣйствія другихъ лицъ, то — обязательственнаго. Очевидно, юридическое понятіе объ объектахъ права соотвѣтствуетъ экономическому представленію о благахъ. Спорнымъ представляется вопросъ, не слѣдуетъ ли къ перечисленнымъ объектамъ присоединить еще одинъ видъ— собственныя силы субъекта, что составило бы разрядъ такъ называемыхъ правъ на собственную личность (права на жизнь, здоровье, физическую неприкосновенность, умственныя способ-

ности, честь). Но собственныя силы, данныя человѣку природою, представляютъ возможность осуществленія интереса при ихъ помощи, безъ посредства другихъ лицъ, а потому и не могутъ составить объекта юридическихъ отношеній. Точно также и тѣло человѣка не можетъ быть объектомъ юридическаго отношенія, пока отъ него не отдѣлились части. Напр., волосы могутъ быть проданы, оперированная нога можетъ быть завѣщана, но объектомъ права они становятся лишь по отдѣленіи. И, наоборотъ, все, искусственно введенное въ человѣческій организмъ и ставшее его составною частью, выходитъ изъ круга объектовъ, напр., пломба, вставные зубы, глазъ. Соединеніе въ одномъ лицѣ субъекта и объекта противорѣчитъ самой природѣ права. Признаніе физическихъ и нравственныхъ силъ человѣка объектомъ права противорѣчитъ философскому понятію объ объектѣ, какъ о чемъ-то, находящемся внѣ воспринимающаго субъекта.

3. Изъ юридическаго отношенія обнаруживается прежде всего право, которое называется субъективнымъ или правомочіемъ. Подъ именемъ *права въ смыслѣ субъективномъ* понимается обусловленная объективнымъ правомъ возможность осуществленія интереса. а) Гарантируя юридическую возможность осуществленія интереса, отсутствіе препятствій со стороны другихъ лицъ, объективное право не обезпечиваетъ фактической возможности. Извѣстный субъектъ можетъ имѣть права, обезпеченныя отъ препятствій со стороны другихъ лицъ, но неосуществимыя по фактической невозможности, напр., богачъ, который по болѣзни не можетъ пользоваться принадлежащими ему благами; обладатель верховой лошади, который не умѣетъ ѣздить. Эта именно мысль лежитъ въ основѣ нашего законодательства, когда оно характеризуетъ субъективное право словомъ «власть» (т. X ч. 1 ст. 420 и 1255). b) Субъективное право обусловливается объективнымъ правомъ. Дернбургъ считаетъ такой взглядъ несогласнымъ съ исторіей и неправильнымъ. Однако, самъ опредѣляетъ субъективное право, какъ участіе въ пользованіи благами жизни, которое предоставляется и гарантируется отдѣльному лицу общею волею. Но объективное право, по Дернбургу,— это и есть общая воля. Такъ какъ субъективное право обусловливается объективнымъ, то оно не можетъ стоять въ противорѣчіи съ послѣднимъ, поэтому субъективное право не возникаетъ, когда объектомъ юридическаго отношенія являются вещи, изъятыя изъ оборота, или дѣйствія, недозволяемыя зако-

номъ. с) Такъ какъ субъективное право представляетъ юридическую возможность осуществленія интереса, то оно не можетъ возникнуть безъ дѣйствительнаго интереса, имущественнаго или нравственнаго. Если такой интересъ существовалъ въ моментъ установленія отношенія, но впослѣдствіи отпалъ, то вмѣстѣ съ нимъ прекращается и субъективное право. Сенатъ совершенно вѣрно утверждаетъ, что «понятіе интереса шире понятія права», но дѣлаетъ изъ этого нелогичный выводъ, будто «право входитъ въ составъ интереса» (кас. рѣш. 1908, № 84): если понятіе объ интересѣ шире понятія о правѣ, то, очевидно, возможенъ интересъ безъ права, но невозможно право безъ интереса. Субъективное право не теряетъ своей силы въ томъ случаѣ, когда осуществленіе обезпечиваемаго имъ интереса сопряжено съ нарушеніемъ интересовъ другихъ лицъ. Однако, новѣйшее германское уложеніе устраняетъ дѣйствіе субъективнаго права, когда для осуществленія его нѣтъ иного интереса, кромѣ желанія причинить вредъ другому (§ 226, Chikaneverbot).

Весьма распространеннымъ въ прежнее время было опредѣленіе субъективнаго права, построенное на волѣ субъекта права. Субъективное право понимали, какъ обезпеченную объективнымъ правомъ область проявленія воли. Успѣхъ такого взгляда поддерживался авторитетомъ философіи Гегеля. Особенно удачной казалась краткая формула Виндшейда, избранная имъ для понятія субъективнаго права,— Wollen-dürfen. Несостоятельность опредѣленія, имѣющаго въ основаніи своемъ волю субъекта права, обнаруживается изъ того, что съ этой точки зрѣнія необходимо отвергнуть субъективное право за тѣми, кто не обладаетъ сознательною волею, какъ малолѣтніе, сумасшедшіе, между тѣмъ какъ всѣ законодательства признаютъ за ними права. Разсматриваемое опредѣленіе не спасается тѣмъ, что за малолѣтнихъ и безумныхъ проявляютъ волю ихъ опекуны, такъ какъ этотъ случай именно обнаруживаетъ, что субъективное право можетъ принадлежать не тому, кто проявляетъ волю. Въ частности, относительно пресловутой формулы Виндшейда слѣдуетъ замѣтить, что она содержитъ въ себѣ невѣрную мысль, будто можно стѣснять желанія, тогда какъ въ дѣйствительности можно стѣснять только дѣйствія. Со времени Іеринга начало распространяться понятіе о субъективномъ правѣ, построенное не на волѣ, а на интересѣ. Самъ Іерингъ далъ неудачную формулу своему взгляду, опредѣливъ субъективное право, какъ

«юридически защищенный интересъ». Здѣсь смѣшаны въ одно сущность субъективнаго права и его цѣль. Цѣлью права является несомнѣнно (и въ установленіи этого факта неоцѣнимая заслуга Іеринга) обезпеченіе интересовъ общества и отдѣльныхъ лицъ, но это не составляетъ еще сущности права, какъ средства къ достиженію указанной задачи. Поэтому въ послѣднее время нѣкоторые стали соединять въ понятіи о субъективномъ правѣ оба основанія—волю и интересъ. «Воля и интересъ, по мнѣнію Еллинека, неизбѣжно сходятся въ понятіи о субъективномъ правѣ». «Воля представляетъ собой формальный, а интересъ—матеріальный элементы этого понятія». Того же взгляда Регельсбергеръ.

4. *Обязанность*, лежащая на пассивныхъ субъектахъ, можетъ состоять или въ положительномъ дѣйствіи, или въ воздержаніи отъ такового. Въ правахъ относительныхъ опредѣленный пассивный субъектъ обязывается что-нибудь сдѣлать въ пользу активнаго субъекта: передать вещь, оказать услугу и т. п. Въ правахъ абсолютныхъ, напротивъ, всѣ пассивные субъекты обязываются къ воздержанію. Такъ, вещныя права порождаютъ обязанность всѣхъ и каждаго не пользоваться тою вещью, исключительное пользованіе которою обезпечено субъекту права; права исключительныя обязываютъ всѣхъ не совершать тѣхъ дѣйствій (распространенія книгъ или товаровъ съ клеймомъ, исполненія музыкальныхъ пьесъ и т. п.), исключительное выполненіе которыхъ обезпечено субъекту права и которыя, въ силу этого обстоятельства, пріобрѣтаютъ особенную экономическую цѣнность; права личной власти обязываютъ всѣхъ не посягать на присвоеніе того объекта, который, въ виду его нравственнаго значенія, предоставленъ исключительно субъекту права (сожительство жены, дѣтей, опекаемыхъ).

Связь между правомъ и обязанностью въ юридическомъ отношеніи возникаетъ въ силу *юридическаго факта*, подъ которымъ понимается всякое обстоятельство, влекущее за собою по закону тѣ или иныя юридическія послѣдствія. Юридическій фактъ возникаетъ или по волѣ лицъ, вступающихъ въ юридическое отношеніе, и тогда это будетъ юридическое дѣйствіе (сдѣлка, правонарушеніе), или же помимо ихъ воли, и тогда это будетъ юридическое событіе (истеченіе срока, смерть, рожденіе). Юридическіе факты могутъ быть представлены въ слѣдующей схемѣ:

Юридическіе факты.

1. Юридическія дѣйствія. 2. Юридическія событія.

а) Сдѣлки. b) Правонарушенія.

III. Движеніе юридическаго отношенія. Юридическія отношенія не находятся все время въ состояніи покоя, но подлежатъ движенію въ гражданскомъ оборотѣ,—они устанавливаются, измѣняются, прекращаются.

1. *Установленіе* юридическаго отношенія имѣетъ мѣсто тогда, когда извѣстный юридическій фактъ связываетъ право съ извѣстнымъ субъектомъ, возлагая одновременно обязанность на другихъ. Если отношеніе по данному объекту устанавливается самостоятельно, независимо отъ права, какое имѣло на тотъ же объектъ другое лицо, то это будетъ *возникновеніе права* или первоначальное пріобрѣтеніе права, напр., созданіе художественнаго произведенія, заключеніе займа, завладѣніе вещью. Если же въ существовавшемъ уже отношеніи право устанавливается въ лицѣ новаго субъекта, т.-е. если право возникаетъ на основаніи права, какое существовало ранѣе на тотъ же объектъ у другого лица, то это будетъ *переходъ права* или производное пріобрѣтеніе права, напр., покупка дома, пріобрѣтеніе векселя. Переходъ права на одинъ или нѣсколько опредѣленныхъ объектовъ составляетъ частное преемство, напр., продажа лошади, передача векселя. Переходъ правъ, образующихъ въ совокупности активъ имущества, составляетъ общее преемство, наслѣдованіе. Различіе между частнымъ и общимъ преемствомъ не количественное, а качественное, потому что въ первомъ случаѣ новый субъектъ, преемникъ, занимаетъ мѣсто только активнаго субъекта, тогда какъ во второмъ онъ входитъ въ положеніе и пассивнаго субъекта, которое занималъ его предшественникъ. Относительно перехода права дѣйствуетъ общее правило, что право преемника по своему объему тождественно съ правомъ предшественника, хотя въ интересахъ торговаго оборота допускаются нѣкоторыя исключенія изъ этого правила въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя.

2. *Прекращеніе* юридическаго отношенія между лицами происходитъ тогда, когда разрывается связь между его элементами, вслѣдствіе устраненія субъекта, уничтоженія объекта, нарушенія соотвѣтствія между правомъ и обязанностью. Это имѣетъ мѣсто въ случаяхъ: отреченія, отчужденія, потери правъ, слія-

нія права и обязанности, прекращенія права въ тѣсномъ значеніи слова.

a. *Отреченіе* есть одностороннее изъявленіе воли активнаго субъекта, направленное къ разрыву существовавшей до того времени связи его съ правомъ. Отреченіе возможно только относительно имущественныхъ правъ, какъ, напр., оставленіе вещи на произволъ, отказъ отъ наслѣдства. Таковы случаи отреченія: со стороны пароходнаго общества, публично отказывающагося отъ всякихъ правъ на затонувшее судно; со стороны автора, отказывающагося печатно отъ всякихъ исключительныхъ правъ на изданіе своего литературнаго произведенія, какъ, напр., гр. Льва Николаевича Толстого относительно сочиненій, появившихся въ печати послѣ 1 января 1881 года. Относительно чисто личныхъ правъ, связанныхъ съ самою личностью активнаго субъекта, отреченіе недопустимо. Нельзя отречься отъ правъ мужа, опекуна, отца, отъ присвоенной лицу по закону дѣеспособности, права вступать въ договоры, отъ права прибѣгать къ судебной защитѣ. Отреченіе можетъ быть взято назадъ только тогда, когда оставленный объектъ не составилъ предмета новаго отношенія между другими лицами, напр., при оставленіи вещи, пока ею не завладѣло другое лицо; напротивъ, отреченіе отъ наслѣдства имѣетъ безповоротное значеніе, потому что въ тотъ же моментъ право наслѣдованія переходитъ къ другому наслѣднику.

b. *Отчужденіе права* есть добровольная уступка мѣста активнаго субъекта опредѣленному лицу. Послѣднимъ признакомъ отчужденіе отличается отъ отреченія, при которомъ замѣститель не намѣчается. При отчужденіи отношеніе измѣняется лишь въ томъ, что одинъ активный субъектъ замѣняется другимъ. Подъ это понятіе подходитъ передача вещей, обязательствъ. Неотчуждаемы всѣ тѣ права, отъ которыхъ лицо не можетъ отречься, за исключеніемъ передачи отцовской власти по усыновленію. Послѣдствіемъ отчужденія права является пріобрѣтеніе права со стороны другого лица, въ томъ же объемѣ, поэтому отчужденіе безповоротно.

c. *Потеря права* есть исключеніе активнаго субъекта помимо его воли изъ юридическаго отношенія. Такая потеря наступаетъ по приговору уголовнаго суда за совершонное преступленіе — это лишеніе правъ, личныхъ и имущественныхъ. Гражданскій судъ не можетъ лишить правъ, потому что его задача ограничивается лишь опредѣленіемъ того, кому въ дѣй-

ствительности принадлежитъ право. Только исполненіе его рѣшенія можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ лишеніе отвѣтчика правъ. Потеря права можетъ наступить вслѣдствіе юридическихъ событій, съ которыми законъ связываетъ потерю правъ, напр., въ силу давности. Потерянныя права или пріобрѣтаются другими лицами (имущественныя), или прекращаются (супружеское, напр.). Потерянныя по судебному приговору права могутъ быть возстановлены по Высочайшему повелѣнію (т. XI, ст. 12). Кромѣ лишенія правъ по суду, связь съ даннымъ субъектомъ, помимо его воли, прерывается со смертью его и поступленіемъ въ монашество.

d. *Сліяніе* есть соединеніе въ одномъ лицѣ соотвѣтствующихъ другъ другу правъ и обязанностей, напр., когда по смерти кредитора права его переходятъ по наслѣдству къ должнику. Подобное сліяніе, какъ основаніе прекращенія отношенія, невозможно въ правахъ вещныхъ, потому что соотвѣтствующая обязанность лежитъ не на одномъ опредѣленномъ лицѣ, а на всѣхъ согражданахъ. Видимое противорѣчіе наблюдается въ томъ случаѣ, когда субъектъ права собственности становится, напр., по наслѣдованію, субъектомъ права пользовладѣнія на тотъ же участокъ земли. Если при такомъ соединеніи въ одномъ лицѣ двухъ правъ, право пользовладѣнія прекращается, то не вслѣдствіе сліянія въ одномъ лицѣ права и обязанности, а вслѣдствіе сліянія двухъ правъ, изъ которыхъ одно поглощаетъ другое по своему содержанію.

e. *Прекращеніе правъ* въ тѣсномъ значеніи слова наступаетъ тогда, когда само юридическое отношеніе безповоротно прекращается. Это имѣетъ мѣсто при потерѣ личныхъ правъ, а также въ случаѣ гибели объекта отношенія, какъ, напр., со сгорѣвшимъ домомъ прекращается и отношеніе, установленное договоромъ найма, съ достиженіемъ совершеннолѣтія опекаемаго прекращается власть надъ нимъ опекуна.

3. *Измѣняются* юридическія отношенія, установленныя между извѣстными лицами, по данному объекту, въ такомъ же разнообразіи, какъ разнообразно и содержаніе самыхъ отношеній, напр., при договорѣ поставки одновременная плата замѣняется по соглашенію періодическою, объемъ права требованія сокращается вслѣдствіе частичной уплаты, обязательство усложняется присоединеніемъ къ нему другого, дополнительнаго права, право собственности на землю расширяется въ количественномъ отношеніи отъ приращеній и т. п.

§ 9.

Физическое лицо какъ субъектъ права.

Литература: Азаревичъ, *Физическія лица, какъ правовые субъекты* („Зап. Нов. Унив.“ 1883); Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, стр. 47—55; Дювернуа, *Чтенія по русскому гражданскому праву*, т. I, стр. 257—372; Анненковъ, *Система*, I, стр. 135—232; И. Кистяковскій, *Понятіе о субъектѣ правъ* („Ж. М. Ю.“ 1903, № 8); Полянскій, *Безвѣстное отсутствіе и имущественныя его послѣдствія*, 1911.

I. Право и дѣеспособность. Субъектомъ въ юридическомъ отношеніи можетъ быть лицо, способное вступать въ юридическія отношенія, т.-е. имѣть право собственности, пріобрѣтать права требованія. Способность имѣть и пріобрѣтать права, т.-е. быть субъектомъ правъ и обязанностей, называется *правоспособностью* (Rechtsfähigkeit, jouissance des droits), которая въ настоящее время составляетъ во всѣхъ культурныхъ странахъ достояніе каждаго человѣка. Теперь уже нѣтъ ни рабовъ, которые были только объектами права, ни крѣпостныхъ, которые составляли принадлежность земельнаго участка. Способность самостоятельно, актомъ своей воли, устанавливать отношенія посредствомъ юридическихъ дѣйствій называется *дѣеспособностью* (Handlungsfähigkeit, exercise des droits). Въ дѣеспособности различаютъ активную и пассивную стороны. Активная дѣеспособность есть возможность создать, актомъ своей воли, юридическое отношеніе, изъ котораго для дѣйствовавшаго возникало бы право, какъ правовое послѣдствіе. Пассивная дѣеспособность есть возможность создать, актомъ своей воли, юридическое отношеніе, изъ котораго для дѣйствовавшаго возникала бы обязанность, какъ правовое послѣдствіе. Пассивная дѣеспособность иначе называется вмѣняемостью. Дѣеспособность предполагаетъ правоспособность: дѣеспособные должны быть правоспособны (иначе было въ римскомъ правѣ), тогда какъ правоспособные могутъ и не быть дѣеспособны. Если правоспособность связывается съ лицомъ каждаго человѣка, то дѣеспособность, по различнымъ соображеніямъ, подлежитъ разнообразнымъ ограниченіямъ. Такъ, малолѣтній обладаетъ полною правоспособностью—онъ является субъектомъ правъ собственности и обязательствъ, перешедшихъ къ нему по наслѣдству или пріобрѣтенныхъ за него и въ его пользу опекуномъ, но самъ онъ не можетъ ни купить, ни продать,

ни занять, ни отдать въ наемъ. Напротивъ, монашествующіе— лица неправоспособныя, потому что по общему правилу они не могутъ стать субъектами тѣхъ правъ, какія пріобрѣтаются всѣми прочими гражданами.

Русскому законодательству извѣстенъ только терминъ «правоспособность» (т. X, ч. I, ст. 146), хотя въ послѣднее время въ него проникаетъ и дѣеспособность (т. XVI, ч. I, уст. гражд. суд. ст. 1681), но безъ всякаго разграниченія соединяемыхъ съ ними понятій. Точно такъ же и судебная практика не различаетъ этихъ понятій, такъ, напр., споръ о дѣйствительности акта усыновленія, совершоннаго лицомъ больнымъ и психически разстроеннымъ, Сенатъ называетъ вопросомъ о правоспособности усыновителя (кас. рѣш. 1909, № 14, см. впрочемъ кас. рѣш. 1896, № 44, гдѣ имѣется попытка разграниченія этихъ понятій).

II. Начало правоспособности. Такъ какъ правоспособность присуща нынѣ каждому человѣку, то она возникаетъ съ началомъ его существованія. Слѣдуетъ ли отнести этотъ моментъ къ зарожденію или къ рожденію человѣка? Германское гражданское уложеніе рѣшаетъ этотъ вопросъ категорически заявленіемъ, что правоспособность человѣка возникаетъ съ окончаніемъ процесса рожденія (§ 1). Не противорѣчитъ такому рѣшенію и точка зрѣнія швейцарскаго кодекса, который постановляетъ (§ 32), что зачатый ребенокъ обладаетъ правоспособностью при условіи рожденія живымъ. Нѣкоторыя постановленія нашего законодательства даютъ возможность предполагать, что оно связываетъ правоспособность съ моментомъ зарожденія. Жизнь зародыша охраняется уголовнымъ закономъ (улож. наказ. ст. 1451, 1452), при открытіи наслѣдства зародышъ вліяетъ на переходъ его (т. X, ч. 1, ст. 1106), лишеніе всѣхъ правъ состоянія не распространяется на дѣтей, рожденныхъ послѣ осужденія отца, если только они были зачаты до этого момента (улож. наказ., ст. 24; т. IX, ст. 10). Тѣмъ не менѣе слѣдуетъ признать, что и у насъ правоспособность возникаетъ не ранѣе, какъ съ момента появленія на свѣтъ живого существа. Запрещеніе умерщвленія плода имѣетъ въ виду нравственное чувство общества, вліяніе зародыша на наслѣдованіе обусловливается интересами будущаго субъекта, а въ предоставленіи правъ состоянія дѣтямъ, рожденнымъ послѣ лишенія самого отца этихъ правъ, проявляется лишь снисходительность, отодвигающая логическій выводъ. Не зародышъ, а родившійся

ребенокъ оказываетъ вліяніе на юридическія отношенія, при чемъ это вліяніе относится къ тому моменту, когда онъ былъ еще зародышемъ. Рожденіе составляетъ настолько необходимое условіе для правоспособности, что появленіе мертваго ребенка лишаетъ зачатіе юридическаго значенія, и зародышъ разсматривается какъ бы никогда не существовавшимъ. Въ виду этихъ соображеній слѣдуетъ признать совершенно неправильнымъ утвержденіе Сената, будто ребенкомъ, по закону, признается дитя (?) отъ самаго его зачатія, какъ плодъ беременности женщины отъ мужчины, во всѣ періоды его утробнаго развитія, а слѣдовательно и выкидышъ есть также ребенокъ (кас. рѣш. 1909, № 6).

Если ребенокъ родился живымъ, то онъ тѣмъ самымъ пріобрѣлъ правоспособность, хотя бы послѣ того вскорѣ умеръ. Это обстоятельство имѣетъ большое значеніе въ наслѣдственномъ правѣ. Наше законодательство не требуетъ, подобно французскому (§ 314, п. 3), чтобы ребенокъ родился не только живымъ (vivant), но и способнымъ къ жизни (viable). Наше законодательство не ставитъ также условіемъ, какъ это дѣлаетъ испанскій кодексъ (§ 30), чтобы рожденное существо имѣло человѣческій образъ. Наоборотъ, изъ уголовнаго закона, угрожающаго наказаніемъ тому, кто въ случаѣ, когда какою-либо женщиною рожденъ будетъ младенецъ чудовищнаго вида или даже не имѣющій человѣческаго образа, вмѣсто того, чтобы донести начальству, лишить сего урода жизни, какъ за посягательство на жизнь существа, рожденнаго отъ человѣка и «слѣдственно имѣющаго человѣческую душу» (улож. наказ., ст. 1469),—можно заключить, что и такой monstrum долженъ быть разсматриваемъ какъ человѣкъ, а слѣдовательно, какъ правоспособный.

III. Потеря правоспособности. Правоспособность, составляющая юридическое свойство каждаго человѣка, продолжаетъ сохраняться отъ рожденія до наступленія такого факта, который разрываетъ эту связь. Такими фактами, съ которыми соединяется прекращеніе правоспособности даннаго лица, являются: смерть, лишеніе всѣхъ правъ состоянія и постриженіе въ монашество.

1. *Смерть* лица прекращаетъ связь умершаго субъекта правъ съ тѣмъ кругомъ юридическихъ отношеній, въ который онъ себя поставилъ въ теченіе своей жизни. Пріобрѣтенныя имъ права, за исключеніемъ чисто личныхъ, находятъ себѣ новаго

субъекта. Въ виду важныхъ юридическихъ послѣдствій смерть не предполагается, а должна быть удостовѣрена несомнѣнными доказательствами. Предположеній въ пользу смерти отсутствующаго лица на основаніи достигнутаго имъ возраста наше законодательство не устанавливаетъ. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ обстоятельства не даютъ возможности удостовѣрить самый фактъ смерти или точный моментъ ея, а потому по необходимости приходится прибѣгать къ предположеніямъ. Таковы случаи безвѣстнаго отсутствія и одновременной смерти двухъ лицъ.

а. *Безвѣстно-отсутствующимъ* называется лицо, которое, покинувъ свое постоянное мѣстожительство, не даетъ о себѣ никакихъ извѣстій, такъ что не имѣется свѣдѣній о его пребываніи (т. IX, ст. 7). Неопредѣленное состояніе имущества, оставшагося безъ активнаго субъекта, представляетъ настолько значительное неудобство, что законъ стремится прекратить создавшееся состояніе неопредѣленности. Съ этою цѣлью законъ принимаетъ мѣры къ охраненію имущества, оставшагося безъ хозяина и обезпеченію связанныхъ съ этимъ имуществомъ правъ и интересовъ. Удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи производится слѣдующимъ порядкомъ. Каждое заинтересованное лицо—наслѣдники, казна (кас. рѣш. 1890, № 129), кредиторы, а также чины прокурорскаго надзора могутъ просить судъ объ учиненіи публикаціи о безвѣстно-отсутствующемъ и о принятіи мѣръ къ охраненію его имущества (уст. гражд. судопр., ст. 1451). Окружный судъ, если признаетъ представленныя доказательства достаточно подкрѣпляющими предположеніе безвѣстнаго отсутствія, дѣлаетъ публикацію и назначаетъ опекуна для защиты правъ отсутствующаго и охраненія его имущества (ст. 1453). Въ выборѣ лицъ для исполненія этой обязанности судъ не стѣсненъ и можетъ назначить какъ родственниковъ, такъ и постороннихъ лицъ. Задача опеки надъ имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго не исчерпывается охраненіемъ этого имущества, но распространяется и на отысканіе того, что должно бы принадлежать опекаемому, напр., на осуществленіе наслѣдственныхъ правъ (кас. рѣш. 1905, № 58). Въ продолженіе 5 лѣтъ съ момента первой публикаціи течетъ первый періодъ безвѣстнаго отсутствія. Въ случаѣ возвращенія отсутствовавшаго, опека прекращаетъ свое дѣйствіе, и имущество принимается явившимся.

Если же безвѣстно-отсутствующій не явится въ теченіе

перваго періода, то, по просьбѣ лицъ, которыя возбудили производство о признаніи безвѣстнаго отсутствія, или же наслѣдниковъ, которые явятся ко времени окончанія этого перваго періода, судъ приступаетъ къ разсмотрѣнію дѣла, т.-е., производя вторичное изслѣдованіе о безвѣстномъ отсутствіи, постановляетъ признать субъекта оставленнаго имущества безвѣстно-отсутствующимъ. Послѣдствія судебнаго опредѣленія о признаніи лица безвѣстно-отсутствующимъ, съ котораго открывается второй періодъ, заключаются въ томъ, что имущество должно перейти въ управленіе къ законнымъ наслѣдникамъ или лицамъ, въ пользу которыхъ безвѣстно-отсутствующій оставилъ завѣщаніе. Если въ первый періодъ имѣлись въ виду интересы отсутствовавшаго, то во второй періодъ, вслѣдствіе усилившейся вѣроятности смерти его, принимаются во вниманіе интересы наслѣдниковъ. Наслѣдники, явившіеся вновь послѣ постановленія судомъ опредѣленія о признаніи безвѣстнаго отсутствія, должны быть также допущены къ управленію наравнѣ съ тѣми, которые обращались съ просьбою въ судъ. Доходы съ имущества поступаютъ безповоротно въ пользу лицъ, которымъ вручается управленіе, потому что они должны быть разсматриваемы не какъ опекуны, а какъ добросовѣстные владѣльцы. Такъ какъ переходъ имущества въ управленіе наслѣдниковъ обусловливается предположеніемъ смерти безвѣстно-отсутствующаго, то опроверженіе предположенія личною явкою послѣдняго даетъ ему право просить о возвращеніи имущества (уст. гр. суд., ст. 1459). Потребленные наслѣдниками доходы ему не возвращаются.

Наконецъ, съ истеченіемъ 10 лѣтъ со времени первой публикаціи, вѣроятность, въ силу законнаго предположенія, смѣняется увѣренностью въ смерти отсутствующаго, а имущество послѣдняго превращается въ открывшееся наслѣдство. По истеченіи этого срока безвѣстно-отсутствующій теряетъ свои права и не можетъ уже болѣе просить о возвращеніи ему имущества (уст. гр. суд., ст. 1459, кас. рѣш. 1892, № 97). Если же наслѣдниковъ не оказалось, то имущество, какъ выморочное, переходитъ въ казну. Предположить иное, т.-е. что послѣ десятилѣтняго безвѣстнаго отсутствія наслѣдство не открывается, что имущество его остается въ опекѣ и что возвращеніе его можетъ быть всегда потребовано явившимся—значило бы допустить неопредѣленное состояніе имущества на вѣчныя времена. Особенно, если принять во вниманіе, что нашему зако-

нодательству неизвѣстно предположеніе смерти, основанное на престарѣломъ возрастѣ отсутствующаго, то мы придемъ къ заключенію, что и чрезъ сто, двѣсти лѣтъ съ момента первой публикаціи имущество будетъ продолжать считаться принадлежащимъ несуществующему лицу.

Описанныя сейчасъ послѣдствія безвѣстнаго отсутствія далеко не могутъ считаться общепризнанными. Нѣкоторые выражали сомнѣніе, чтобы 10-лѣтній срокъ лишалъ отсутствующаго его правъ на имущество, и основывались при этомъ на ст. 7 т. IX, гдѣ говорится, что права безвѣстно-отсутствующаго «пріостанавливаются». Пріостановка не есть прекращеніе, говорили сторонники этого взгляда. Но неопредѣленному смыслу этого выраженія слѣдуетъ противопоставить ясный смыслъ ст. 1244 т. X, ч. 1 и ст. 1459 уст. гражд. суд., гдѣ говорится о возвращеніи имущества явившемуся до истеченія 10-лѣтняго срока, чѣмъ отрицается возвращеніе по истеченіи этого срока. Въ настоящее время этотъ споръ разрѣшенъ въ законодательномъ порядкѣ. По закону 15 марта 1911 года срокъ на отдачу въ наемъ недвижимости, надъ которою учреждена опека по безвѣстному отсутствію, ограничивается наступленіемъ опредѣленнаго въ законѣ срока для «утраты безвѣстно-отсутствующимъ права на возвращеніе ему имущества». Давая такое аутентическое толкованіе, законодатель ссылается на ст. 1244 т. X, ч. 1 и ст. 1459 уст. гр. суд.

Еще менѣе признаннымъ является взглядъ о предоставленіи наслѣдникамъ во второй періодъ пользованія имуществомъ безвѣстно-отсутствующаго. Такъ какъ въ ст. 1244 т. X, ч. 1 говорится о возвращеніи имущества «со всѣми доходами со времени взятія въ присмотръ», то, говорятъ, никакихъ правъ на это имущество быть не можетъ (кас. рѣш. 1892, № 79). Но такое толкованіе равносильно отрицанію всякаго значенія за ст. 1456 уст. гражд. суд., потому что тогда совершенно непонятно, въ чемъ могутъ заключаться интересы лицъ, побуждающихъ судъ установить истеченіе первыхъ 5 лѣтъ.

Нашъ законъ знаетъ особый случай, когда безвѣстно-отсутствующимъ признается лицо, существованіе котораго и даже, можетъ быть, мѣсто нахожденія въ точности извѣстно. Такой случай представляетъ пребываніе лица за границею болѣе 5 лѣтъ, считая съ того момента, когда истекъ срокъ выданнаго ему для этой цѣли паспорта (т. IX ст. 7, улож. наказ. ст. 327). Опека надъ имуществомъ такихъ лицъ учреждается гу-

бернскимъ начальствомъ по просьбѣ наслѣдниковъ или по собственной иниціативѣ. Если отсутствующій не возвратился, имущество его остается въ опекунскомъ управленіи по смерть его (т. IX ст. 7, приложеніе ст. 3). Если отсутствующій, возвратясь въ Россію, докажетъ, что не могъ явиться въ срокъ на вызовъ по уважительной причинѣ, то имущество ему возвращается. Если же онъ не вернется или, возвратясь, не представитъ основательныхъ оправданій неявки, то имущество остается въ опекѣ до его смерти, когда оно переходитъ къ наслѣдникамъ (тамъ же, ст. 4). Законъ не предусматриваетъ случая наиболѣе вѣроятнаго, когда такое лицо не возвратится и при томъ нельзя будетъ собрать какихъ-либо доказательствъ его смерти.

b. При несчастномъ случаѣ, которому могли подвергнуться совмѣстно нѣсколько лицъ, напр., при убійствѣ, пожарѣ, наводненіи, кораблекрушеніи, другими словами, въ случаѣ *одновременно обнаруженной смерти* нѣсколькихъ лицъ, возникаетъ нерѣдко важный вопросъ, которое изъ нихъ умерло раньше. Отъ рѣшенія этого вопроса такъ или иначе зависитъ нерѣдко порядокъ наслѣдованія. Иностранныя законодательства прибѣгаютъ въ этомъ случаѣ къ различнымъ пріемамъ. Одни принимаютъ предположеніе переживаемости, основанное на сравнительномъ возрастѣ и полѣ (франц. гражд. код., §§ 720—722); англійское право предоставляетъ суду въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ установить послѣдовательность смерти; германское законодательство постановляетъ, что если нѣсколько лицъ погибло при одной общей для нихъ опасности, то предполагается, что они умерли одновременно (герм. гражд. улож. § 20, швейцар. код. § 32). Наше законодательство не даетъ отвѣта на этотъ вопросъ,— ему чужды оба предположенія, какъ предположеніе переживаемости, такъ и предположеніе одновременной смерти. Поэтому прежде всего необходимо обратиться къ обстоятельствамъ, при которыхъ случилось несчастіе, и на основаніи ихъ выяснить послѣдовательность смерти. Представимъ себѣ, что пароходъ, пробитый другимъ пароходомъ, при столкновеніи пошелъ ко дну съ находившимися на немъ пассажирами, въ числѣ которыхъ было одно изъ лицъ, насъ интересующихъ. Въ нѣсколькихъ верстахъ отъ мѣста крушенія находятъ лодку, на которой пытались спастись, но неудачно, нѣкоторые изъ пассажировъ. Въ числѣ найденныхъ возлѣ лодки труповъ находится другое интересующее насъ лицо. Основательно предположить,

что смерть лица, застигнутаго катастрофою въ каютѣ и затонувшаго вмѣстѣ съ пароходомъ, послѣдовала ранѣе смерти лица, успѣвшаго далеко отъѣхать отъ мѣста крушенія. Возьмемъ другой примѣръ. Обнаружено ночное убійство цѣлой семьи, бывшей въ одномъ домѣ. Слѣдствіе можетъ возстановить картину преступленія, которая обнаружитъ, кто былъ убитъ ранѣе и кто позднѣе. Въ случаѣ невозможности, на основаніи обстановки, опредѣлить послѣдовательность смерти, необходимо остановиться на предположеніи, что всѣ лица, о которыхъ идетъ рѣчь, умерли въ одно и то же время; тогда наслѣдство откроется одновременно послѣ каждаго изъ этихъ лицъ, и ни одно изъ нихъ не будетъ имѣть наслѣдственныхъ правъ послѣ другого.

2. По идеѣ, прямо выраженной въ нашемъ законодательствѣ (т. X ч. 1 ст. 1025, прим., ст. 1109), *постриженіе въ монашество* есть отреченіе отъ міра. Эта идея отреченія, основанная на Священномъ Писаніи (II посланіе ап. Павла къ Тимоѳею, гл. 2, ст. 4), привела къ юридической идеѣ гражданской смерти, поражающей лицо, поступившее въ монастырь. Во Франціи она была рѣшительно признана Францискомъ I. Съ такимъ представленіемъ соединялись и соотвѣтствующіе юридическіе выводы. Монахъ терялъ все свое имущество, которое онъ не успѣлъ передать монастырю, въ пользу наслѣдниковъ; онъ уже не могъ наслѣдовать ни по закону, ни по завѣщанію. Юридическія сдѣлки, совершонныя монахомъ, признавались недѣйствительными. Только въ 1793 году отказались во Франціи признавать монашескіе обѣты съ юридической стороны. Однако, въ Пруссіи Земское Уложеніе 1794 года еще приравниваетъ постриженіе въ монашество къ гражданской смерти. Только въ XIX столѣтіи, съ отдѣленіемъ церкви отъ государства, постриженіе, сохраняя свою каноническую силу, потеряло всякое юридическое значеніе. Современное законодательство западныхъ странъ не знаетъ монаховъ, какъ лицъ, поставленныхъ въ особое юридическое положеніе.

Въ русскомъ законодательствѣ, наоборотъ, мы должны признать, что постриженіе въ монашество сопровождается, по идеѣ, утратою правоспособности. Правда, эта идея не выдерживается строго, но и въ римскомъ правѣ, гдѣ рабъ по идеѣ былъ вещью, нельзя было выдержать послѣдовательно принципа, потому что въ дѣйствительности рабъ былъ человѣкъ. Соотвѣтственно этой идеѣ прекращается бракъ, въ которомъ состоялъ постригшійся,

а монашествующему запрещается вовсе вступать въ бракъ (т. X ч. 1 ст. 2). Слѣдуетъ полагать, что съ постриженіемъ прекращается родительская власть. Монашествующимъ запрещается удерживать за собою имущество, пріобрѣтенное до вступленія въ это званіе (т. IX ст. 416). Поэтому имущество монаха, которымъ онъ не распоряцился до вступленія въ монастырь, обращается къ его законнымъ наслѣдникамъ (т. X ч. 1 ст. 1223). Съ момента постриженія монахи не могутъ пріобрѣтать недвижимостей ни по договорамъ, ни по наслѣдованію (т. IX ст. 416, т. X ч. 1 ст. 1068 п. 3, ст. 1109). Монахамъ запрещается торгъ всякими товарами, кромѣ продажи собственныхъ издѣлій (т. IX ст. 420), монахамъ запрещается быть поручителями и довѣренными (т. IX ст. 421), отдавать денежные капиталы подъ частныя долговыя обязательства (т. IX ст. 423). Обобщая эти единичныя постановленія, мы должны признать, что сдѣлки, совершаемыя монахами, слѣдуетъ признать недѣйствительными. Поступающій въ монашество отрекается отъ имущества своего единажды навсегда, почему и не получаетъ его обратно и тогда, когда бы впослѣдствіи, сложивъ съ себя монашеское званіе, возвращенъ былъ въ состояніе гражданское (т. IX ст. 418). Нашъ Сенатъ, на основаніи историческаго матеріала, относящагося къ восточной церкви, также вынужденъ былъ признать юридическія послѣдствія идеи отреченія отъ міра (кас. рѣш. 1897, № 24).

Исключенія изъ общаго правила о потерѣ монахомъ гражданской правоспособности на время пребыванія въ монашескомъ санѣ должны быть прямо указаны въ законѣ. Такъ, законъ постановляетъ, что монашествующимъ не запрещается вносить денежные ихъ (!) капиталы въ кредитныя установленія, не опредѣляя при этомъ, откуда могутъ появиться эти капиталы (т. IX ст. 422); монашествующимъ властямъ дозволяется дѣлать завѣщанія о движимомъ ихъ (!) имуществѣ (т. X ст. 1025).

3. По идеѣ *лишенія всѣхъ правъ состоянія*, приравниваемое къ естественной смерти, должно влечь за собою потерю правоспособности. Такова была идея гражданской смерти (mort civile) по кодексу Наполеона, которая продержалась во Франціи до 1854 года. Въ настоящее время западныя законодательства отказались уже отъ пораженія всѣхъ правъ, принадлежащихъ осужденному. Но въ русскомъ законодательствѣ, начиная съ XVIII столѣтія, эта форма наказанія крѣпко засѣла и даже уголовное уложеніе 1903 года не смогло отрѣшиться отъ нея.

Лишеніе всѣхъ правъ состоянія еще недавно именовалось у насъ гражданскою смертью (Св. Зак. изд. 1876, ст. 533 зак. о судопр. по прест.),—устраненіе названія, однако, не измѣнило сущности наказанія.

Лишеніе всѣхъ правъ состоянія, какъ послѣдствіе осужденія въ каторжныя работы или въ ссылку на поселеніе, влечетъ за собою потерю прежнихъ правъ семейственныхъ и правъ собственности (улож. наказ. ст. 25 и 26). Потеря правъ семейственныхъ состоитъ въ прекращеніи правъ супружескихъ, за исключеніемъ лишь случая, когда жена осужденнаго или мужъ осужденной добровольно послѣдовали за своими супругами въ мѣсто ихъ ссылки; въ прекращеніи власти родительской надъ дѣтьми, прижитыми прежде осужденія, если дѣти осужденнаго не послѣдовали за нимъ въ мѣсто его ссылки или впослѣдствіи оставили его (улож. наказ. ст. 27). Вслѣдствіе потери правъ собственности, все прежнее имущество осужденнаго въ каторжную работу или ссылку на поселеніе, со дня обращенія окончательнаго о томъ приговора къ исполненію, поступаетъ къ его законнымъ наслѣдникамъ, точно такъ же, какъ поступило бы оно вслѣдствіе естественной его смерти (улож. наказ. ст. 28). Поэтому онъ не способенъ уже получить имущество по завѣщанію (т. X ч. 1 ст. 1067 п. 4) или по законному наслѣдованію (т. X ч. 1 ст. 1107). Слѣдовательно, прекращаются совершенно всѣ отношенія, которыя были неразрывно связаны съ личностью осужденнаго, какъ право пожизненнаго пользованія, права и обязанности на алименты, договоры довѣренности и личнаго найма. Лишенный всѣхъ правъ состоянія насильственно исторгается изъ всѣхъ тѣхъ юридическихъ отношеній, въ которыхъ онъ состоялъ активнымъ или пассивнымъ субъектомъ. Осужденный лишается своей прежней правоспособности. Какъ неправоспособный, онъ и недѣеспоеобенъ: отъ его имени запрещается писать и совершать всякіе вообще акты объ имуществѣ (т. X ч. 1 ст. 770), онъ не можетъ составлять завѣщаній (т. X ч. 1 ст. 1019).

Но провести послѣдовательно принципъ потери правоспособности было не подъ силу ни французскому, ни русскому законодательству, потому что живого невозможно приравнять мертвому. Лишеннымъ всѣхъ правъ состоянія, оторваннымъ отъ своихъ прежнихъ юридическихъ связей и перенесеннымъ въ новую обстановку, дозволяется, однако, при наличности извѣстныхъ условій, «для поощренія ихъ къ трудолюбію, бережли-

вости и осѣдлой жизни и для обезпеченія пользъ не участвовавшихъ въ преступленіи женъ и дѣтей ихъ» (уст. о ссыльныхъ, изд. 1909, ст. 218), вновь пріобрѣтать права, покупать земли и дома, заключать договоры, вступать въ бракъ. Слѣдовательно, эти лица пріобрѣтаютъ какъ бы новую правоспособность, не имѣющую ничего общаго съ прежней, что̀ болѣе всего обнаруживается изъ установленнаго закономъ порядка наслѣдованія послѣ ссыльныхъ (уст. о ссыльныхъ, ст. 222 — 226). Мало того, законъ, забывая о лишеніи человѣка всѣхъ правъ, говоритъ, что при отправленіи по назначенію ссыльныхъ губернское правленіе дѣлаетъ распоряженіе объ отобраніи принадлежащихъ ему (!) денегъ и цѣнныхъ вещей, въ чемъ и выдается ссылаемому квитанція (ст. 215).

§ 10.

Акты гражданскаго состоянія.

I. Регистрація на Западѣ. Рожденіе, смерть и вступленіе въ бракъ представляютъ собою факты чрезвычайной важности съ точки зрѣнія многочисленныхъ юридическихъ послѣдствій, которыя съ ними связаны. Поэтому, въ интересахъ правового порядка, необходимо возможно точное установленіе этихъ фактовъ. Довѣріе къ точности и вѣрности установленныхъ фактовъ рожденія, смерти, бракосочетанія можетъ быть основано на организаціи этого дѣла со стороны государственной власти, на авторитетѣ лицъ удостовѣряющихъ.

Регистрація случаевъ рожденія, смерти и брака введена была католическимъ духовенствомъ въ связи съ требами, соотвѣтствующими этимъ случаямъ, — съ крещеніемъ, погребеніемъ и вѣнчаніемъ. Духовенство побуждено было къ записыванію времени рожденія и родителей ребенка тѣмъ соображеніемъ, чтобы предупредить въ своемъ приходѣ возможность браковъ, противныхъ каноническимъ требованіямъ. При прочной связи населенія съ землею въ прежнее время, жизнь каждаго человѣка протекала обыкновенно въ предѣлахъ ограниченной мѣстности. Человѣкъ женился и умиралъ тамъ, гдѣ родился, гдѣ женились и умирали его родители и родственники. Поэтому регистрація духовенства достигала своей цѣли. Къ этому обстоятельству присоединялись и побочныя соображенія. За совершеніе требъ духовные получали вознагражденіе, а такъ какъ,

при бѣдности населенія, трудно было одновременно и впередъ внести всю сумму, то долгъ для памяти записывался въ связи съ фактомъ, послужившимъ къ тому основаніемъ.

Государственная власть скоро сознала выгоду подобной регистраціи и превратила (съ XVI вѣка) эти добровольныя дѣйствія въ обязанность духовенства, указавъ ему и правила, которыхъ оно должно было держаться въ этихъ случаяхъ.

Неудобство такого порядка сказалось со времени распространенія протестанства. Протестанты не желали обращаться къ католическому духовенству за регистраціей рожденій, смерти, браковъ, а ихъ духовенство не было уполномочено на веденіе записей. Печальныя послѣдствія особенно сказались во Франціи со времени отмѣны Нантскаго эдикта. Французская революція секуляризовала регистрацію актовъ гражданскаго состоянія. Съ 1792 года эта задача возложена на гражданскихъ муниципальныхъ чиновниковъ (officiers de l'état civil), которые удостовѣряютъ означенные факты, независимо отъ различія вѣроисповѣданій. Того же порядка придерживается съ 1875 года Германія, гдѣ регистрацію ведутъ также чины гражданскіе (Standesbeamte, см. кас. рѣш. 1899, № 29), и Англія съ 1874, перешедшая въ этомъ году отъ факультативной регистраціи къ обязательной въ отношеніи рожденій и смерти (Registrar).

II. Регистрація въ Россіи для православныхъ. Съ 1722 года и въ Россіи засвидѣтельствованіе такихъ важныхъ юридическихъ фактовъ, какъ рожденіе, смерть и бракъ возложено на приходское духовенство. Общаго учрежденія не существуетъ, а для каждаго вѣроисповѣданія регистрація производится его духовенствомъ. Недостатки такой системы не замедлили обнаружиться, особенно въ такомъ обширномъ государствѣ, какъ Россія, притомъ вмѣщающемъ въ своихъ предѣлахъ всевозможныя вѣроисповѣданія. Не вездѣ можно найти представителей соотвѣтствующаго духовенства. На большихъ пространствахъ восточной Россіи, особенно въ Сибири, можно не найти католическаго священника или протестантскаго пастора. Приходится долго ждать случая поѣздки въ далекій городъ, гдѣ находится приходъ. Но чѣмъ больше протекаетъ времени отъ происшедшаго событія до момента регистрированія, тѣмъ менѣе увѣренности въ точности записи. При нѣкоторыхъ условіяхъ случай зарегистрировать можетъ никогда не представиться, и лицо, не по своей винѣ, останется безъ метрическаго сви-

дѣтельства на всю жизнь, что̀ легко можетъ сдѣлать его бродягой и повлечь самыя жалкія послѣдствія для невиннаго человѣка (улож. наказ., ст. 950). Далѣе, по своему положенію пастырей духовныя лица менѣе всего подходятъ къ выполненію столь формальныхъ функцій, какъ регистрація юридическихъ фактовъ. Многочисленность сектъ въ Россіи ведетъ за собою уклоненіе со стороны приверженцевъ ихъ отъ обращенія къ православному духовенству. При современной системѣ регистраціи подлежатъ только рожденіе, бракъ и смерть, тогда какъ необходима регистрація и другихъ фактовъ, какъ узаконеніе, усыновленіе, разводъ. Въ результатѣ масса юридическихъ фактовъ, не удостовѣренныхъ надлежащимъ образомъ, а это обстоятельство отражается вредно не только на интересахъ частныхъ лицъ, но и самого государства, для котораго весьма важно знать съ точностью составъ своего населенія. Разнообразіе метрическихъ актовъ способно затруднить практику при опредѣленіи ихъ силы и подлинности. Только регистрація со стороны гражданской власти можетъ ввести весьма желательную точность и однообразіе въ актахъ гражданскаго состоянія.

Священнослужители и причетники каждаго православнаго прихода ведутъ метрическія или приходскія книги, раздѣляемыя на три части: 1) о рождающихся, 2) о бракосочетающихся и 3) объ умершихъ (т. IX, изд. 1899, ст. 869 и 860). Эти книги выдаются по одной на каждую церковь (а не порознь на каждаго священника) изъ духовныхъ консисторій, за шнуромъ и печатью, за подписью, въ концѣ книги, одного изъ членовъ консисторіи (ст. 862 и 863). По истеченіи года священнослужители и причетники веденныя ими метрическія книги отсылаютъ за общимъ подписаніемъ въ консисторію, гдѣ онѣ хранятся въ архивахъ, въ безопасныхъ отъ поврежденія мѣстахъ, за каждый годъ особо, съ раздѣленіемъ по городамъ и уѣздамъ (ст. 868 и 869). Записи производятся самимъ священникомъ или черезъ діаконовъ и причетниковъ. Юридическіе факты записываются въ книги, говоритъ законъ, не на память и съ показанія семействъ (?), но немедленно по исправленіи каждой требы, какъ-то: молитвъ при рожденіи и крещеніи младенца, вѣнчанія и погребенія (ст. 864). Очевидно, что время рожденія удостовѣряется именно показаніемъ семействъ. Метрическія свидѣтельства, какъ акты гражданскаго состоянія, выдаются только изъ консисторіи (ст. 873); слѣдовательно, этотъ

документъ можно получить лишь по отсылкѣ книгъ въ консисторію. Частныя лица не лишаются права получить отъ священниковъ съ причтомъ, немедленно по учиненіи записи о касающихся до нихъ и членовъ ихъ семействъ случаяхъ рожденія или погребенія, метрическія свидѣтельства, которыя должны представлять собою выпись изъ приходскихъ книгъ. Однако, такія свидѣтельства, которыя законъ называетъ предохранительнымъ документомъ, не замѣняютъ консисторскаго свидѣтельства (см., однако, при узаконеніи дѣтей кас. рѣш. 1898, № 32, вопр., 16). Чтобы получить силу послѣдняго, необходимо представить его въ консисторію на утвержденіе (ст. 878 и 879). Трудно понять, на чемъ основано недовѣріе къ самому священнику и чѣмъ оно устраняется послѣ отсылки книгъ въ консисторію, которая не имѣетъ никакихъ средствъ провѣрки обстоятельствъ дѣла и принуждена довольствоваться свѣдѣніями, доставленными ей причтомъ.

III. Регистрація для инославныхъ и иновѣрцевъ. Указанныя правила относятся въ равной мѣрѣ и къ актамъ состоянія, удостовѣряемымъ католическимъ духовенствомъ (т. IX ст. 881—889). Напротивъ, для лютеранъ установлено, что свидѣтельство, выдаваемое проповѣдникомъ, имѣетъ полную силу метрическаго, безъ утвержденія его консисторіей (т. IX ст. 900 и 901). То же постановлено и для реформатовъ (т. XI ч. 1, изд. 1896, ст. 984, прим.). Относительно магометанъ дѣйствуютъ также правила, не сходныя съ установленными для православнаго и римско-католическаго вѣроисповѣданія. Ежегодно Оренбургское и Таврическое магометанскія духовныя правленія разсылаютъ, чрезъ губернское начальство, приходскимъ имамамъ шнуровыя книги въ двухъ экземплярахъ, при чемъ для каждаго рода юридическихъ фактовъ даются особыя книги, такъ что каждый приходскій имамъ ведетъ три отдѣльныя книги—для рожденія, смерти и браковъ (т. IX ст. 906). По окончаніи года второй экземпляръ каждой изъ этихъ книгъ препровождается для храненія обратно въ духовное правленіе. Выпись изъ приходскихъ книгъ, выданная имамомъ или муллою, имѣетъ силу метрическаго свидѣтельства (ср. т. IX ст. 810). Евреямъ свидѣтельства выдаются раввинами или ихъ помощниками, но силу метрическихъ получаютъ только по удостовѣреніи городскимъ общественнымъ управленіемъ, куда отсылаются по истеченіи года метрическія книги для храненія (т. IX ст. 918 и 919). Самыя книги выдаются

раввинамъ губернскими правленіями (ст. 914, для караимовъ см. т. XI ч. I, изд. 1896, ст. 1285 и 1291, т. IX, ст. 912). Акты, удостовѣряющіе гражданское состояніе старообрядцевъ, согласно указу 17 октября 1906 года, ведутся духовными лицами, настоятелями и наставниками старообрядческихъ общинъ. Книги, отдѣльныя для каждаго рода состоянія, заготовляются губернскими правленіями (ст. 41). Духовныя лица, настоятели и наставники обязаны выдавать справки и свидѣтельства, равно представлять, подъ своимъ наблюденіемъ, книги для обозрѣнія должностнымъ и частнымъ лицамъ, имѣющимъ въ томъ надобность (ст. 53). Свидѣтельства удостовѣряются совѣтомъ общины или особыми довѣренными лицами (ст. 55). Тѣмъ же указомъ установленъ порядокъ веденія актовъ сектантами, не признающими духовныхъ лицъ. Книги такихъ сектантовъ ведутся въ городахъ городскими управами, а въ уѣздахъ — волостными правленіями (ст. 39). Въ законодательствѣ не имѣется правилъ о порядкѣ веденія метрическихъ книгъ и о метрическихъ свидѣтельствахъ для лицъ армяно-грегоріанскаго, аугсбургскаго (для Царства Польскаго, прод. т. XI ч. 1, изд. 1896, ст. 899 и слѣд.) вѣроисповѣданій, для менонистовъ, ламаитовъ. Случаи смерти за границею удостовѣряются консуломъ выдачею свидѣтельства (т. XI ч. 2, уст. конс. ст. 72). О каждомъ новорожденномъ на суднѣ русскомъ, консулъ, по увѣдомленіи капитана, составляетъ протоколъ, значеніе котораго остается совершенно невыясненнымъ.

IV. Значеніе актовъ. Въ законодательствѣ нашемъ не содержится постановленій о необходимости составленія актовъ гражданскаго состоянія. Конечно, бракъ не можетъ быть удостовѣренъ надлежащимъ образомъ, но обязанность крещенія и погребенія съ соблюденіемъ обрядовъ подъ угрозою уголовнаго наказанія установлена только для христіанъ (улож. наказ. ст. 209[1]). Остается невыясненнымъ, должны ли духовныя лица довольствоваться свѣдѣніями, сообщаемыми имъ лицами, которыя обращаются къ нимъ съ просьбою, или же они должны принимать мѣры къ ознакомленію съ обстоятельствами, требуется ли отъ нихъ юридическая провѣрка удостовѣряемыхъ фактовъ, и на какихъ вообще доказательствахъ должны они основывать свои удостовѣренія, напр., происхожденія ребенка отъ такихъ-то лицъ. Пробѣлъ весьма существенный.

Во всякомъ случаѣ рожденіе, смерть и бракъ требуютъ установленнаго удостовѣренія. Собственное показаніе частнаго лица

не можетъ быть принято доказательствомъ возраста (т. X ч. 1 ст. 216). Акты гражданскаго состоянія не подлежатъ сомнѣнію въ подлинности, а допускаютъ только споръ о подлогѣ (уст. гражд. суд. ст. 543, однако ср. ст. 1355). За невозможностью получить метрическое свидѣтельство: a) по неимѣнію метрическихъ книгъ, или b) при сомнительности обстоятельствъ, которыя въ нихъ показаны, могутъ, въ доказательство рожденія отъ законнаго брака, быть принимаемы исповѣдныя росписи, родословныя, городовыя обывательскія книги, формулярные списки и ревизскія сказки, а въ дополненіе этихъ актовъ принимаются показанія свидѣтелей, но не какъ самостоятельное доказательство (уст. гр. суд. ст. 1356). Въ случаѣ a) сомнѣній, возбуждаемыхъ метрическими книгами относительно записаннаго въ нихъ брака, а равнымъ образомъ, b) если бракъ въ нихъ вовсе не записанъ, событіе брака можетъ быть доказываемо обыскною книгою, исповѣдными росписями, гражданскими документами, если изъ нихъ видно, что именующіеся или именуемые супругами признавались таковыми въ присутственныхъ мѣстахъ и безспорно пользовались гражданскими правами и преимуществами, зависящими отъ законнаго супружества. Доказательствомъ можетъ служить, наконецъ, и слѣдствіе, заключающее въ себѣ показанія причта, который вѣнчалъ бракъ, бывшихъ при бракѣ свидѣтелей и вообще знающихъ о достовѣрности событія брака (т. X ч. 1, ст. 35 и 36). Что касается смерти, то изъ правилъ объ актахъ состоянія, къ числу которыхъ относятся и акты о смерти, Сенатъ выводитъ заключеніе, что для удостовѣренія событія смерти требуется письменная форма и потому замѣна письменнаго акта показаніями свидѣтелей представляется недопустимой, если только заинтересованное лицо не докажетъ невозможность доставить требуемый закономъ актъ (кас. рѣш. 1909, № 42).

§ 11.

Вліяніе различныхъ обстоятельствъ на дѣеспособность.

Литература: Мейеръ, *Русское гражданское право*. стр. 6—83; Дювернуа, *Чтенія по русскому гражданскому праву*, I, стр. 298—372; Анненковъ, *Система гражданскаго права*, I, стр. 202—232; Георгіевскій, *Признаніе гражданской неправоспособности по причинѣ безумія, су-*

масшествія, глухонѣмоты и нѣмоты („Ж. М. Ю.“ 1903, № 1); П. Жидъ, *Гражданское положеніе женщины съ древнѣйшихъ временъ*, 1902; Синайскій, *Личное и имущественное положеніе замужней женщины*, 1910; Слонимскій, *Гражданское право и психіатрія* (Суд. Журн. 1873, № 6); Исаченко, *Лица въ договорѣ* (Юр. В. 1883, № 6—7).

I. Возрастъ. Физическая и психическая зрѣлость человѣка наступаетъ не скоро послѣ рожденія, и это обстоятельство не можетъ не быть принято во вниманіе закономъ. Для уясненія себѣ отношенія къ согражданамъ, для пониманія каждаго совершаемаго акта, для оцѣнки выгоды и отвѣтственности, соединяемыхъ съ каждою сдѣлкою, необходимо достиженіе умственной зрѣлости и пріобрѣтеніе нѣкотораго житейскаго опыта. Поэтому ни одно законодательство не допускаетъ дѣеспособности для малолѣтнихъ изъ опасенія, что, пользуясь ею, они только повредятъ собственнымъ интересамъ. Однако, опредѣленіе зрѣлости въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, по примѣру древняго римскаго права, представило бы значительныя затрудненія и грозило бы злоупотребленіями со стороны близкихъ и заинтересованныхъ лицъ, показанія которыхъ были бы самыя важныя. Поэтому теперь общепринятъ другой способъ опредѣленія зрѣлости и способности къ совершенію юридическихъ сдѣлокъ. Законъ, устанавливая одинъ возрастъ (большею частью 21 годъ), соединяетъ съ нимъ предположеніе о наступившей зрѣлости.

Имѣя свои премущества, такой порядокъ не чуждъ и недостатковъ, соединяемыхъ обыкновенно съ подведеніемъ всѣхъ случаевъ подъ одну норму. Возможно, что лицо достигнетъ зрѣлости ранѣе законнаго срока, и тогда для него было бы тяжело находиться подъ излишней опекой; возможно, наоборотъ, что лицо останется умственно неразвитымъ и по достиженіи срока, и тогда было бы опасно оставить его безъ руководителя. Неудобство перваго рода избѣгается во французскомъ законодательствѣ при помощи такъ называемой эмансипаціи, т.-е. признанія несовершеннолѣтняго, начиная съ 15 (родителями) или 18 лѣтъ (за отсутствіемъ родителей, семейнымъ совѣтомъ), до срока способнымъ стать въ положеніе, сходное съ положеніемъ нашего несовершеннолѣтняго. Всякія сдѣлки, вытекающія изъ цѣли управленія (pure administration), могутъ быть совершаемы эмансипированнымъ самостоятельно, для всѣхъ прочихъ необходимо согласіе попечителя. Эта система, примѣняемая во Франціи чаще всего къ случаямъ на-

слѣдованія торговаго предпріятія, устанавливаетъ постепенный переходъ отъ недѣеспособности къ дѣеспособности. Напротивъ, по новому германскому уложенію, дѣти до 7 лѣтъ совершенно недѣеспособны, а съ 7 до 21 года несовершеннолѣтніе сами заключаютъ сдѣлки, но съ согласія попечителя; только для сдѣлокъ, клонящихся исключительно къ ихъ выгодѣ, напр., для принятія дара, не требуется и этого согласія (§ 104, п. 1, и § 107). Съ достиженіемъ 18 лѣтъ несовершеннолѣтній можетъ быть объявленъ совершеннолѣтнимъ и тѣмъ сразу станетъ въ юридическое положеніе совершеннолѣтняго (§ 3). Здѣсь переходъ рѣзкій.

Въ древнемъ русскомъ правѣ мы не находимъ срока, съ котораго лицо признавалось совершеннолѣтнимъ. Вѣроятно, зрѣлость опредѣлялась въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Болѣе всего сохранилось указаній на 15-лѣтній возрастъ, какъ такой, который допускаетъ свободу самостоятельной дѣятельности. Такъ, въ Патерикѣ Печерскомъ находится разсказъ, какъ нѣкій мужъ Іоаннъ оставилъ, умирая, своего сына 5 лѣтъ другу своему Сергію съ тѣмъ, чтобы тотъ, когда сынъ возрастетъ, отдалъ ему золото и серебро; и сынъ, достигнувъ 15 лѣтъ, потребовалъ выдачи ему отцовскаго имущества. Въ московскій періодъ этотъ срокъ повторяется довольно часто: дѣти служилыхъ людей съ достиженіемъ 15 лѣтъ верстались помѣстьями; по Судебнику 1550 г., дѣвицы владѣли данными имъ на прожитокъ помѣстьями только до 15 лѣтъ; по Уложенію Алексѣя Михайловича, кабала, данная лицомъ, не достигшимъ 15 лѣтъ, признавалась недѣйствительною. По указу 1723 г., дворянамъ повелѣно, оставя науку, поступать 15 лѣтъ на службу. Въ 1785 году Екатерина II установила опредѣленно возрастъ совершеннолѣтія въ 21 годъ, что́ сохранилось и понынѣ.

Право на полное распоряженіе имуществомъ и свобода вступать въ обязательства пріобрѣтаются не прежде, какъ по достиженіи 21 года отъ рожденія (т. X, ч. 1, ст. 221). Наше законодательство не знаетъ эмансипаціи, но взамѣнъ того оно устанавливаетъ постепенное расширеніе дѣеспособности. Въ этомъ отношеніи существуетъ (т. X, ч. 1, ст. 213, прим.) различіе между малолѣтними (до 17 лѣтъ) и несовершеннолѣтними (до 21 года). *Малолѣтній* не можетъ ни управлять непосредственно своимъ имѣніемъ, ни распоряжаться имъ, ни отчуждать его по какимъ бы то ни было укрѣпленіямъ, а слѣдовательно и уполномочивать на то отъ себя другихъ (т. X, ч. 1, стт. 217 и 218).

Такимъ образомъ, малолѣтній совершенно лишенъ возможности совершать юридическія сдѣлки; во всѣхъ дѣлахъ его замѣняетъ опекунъ, который самъ совершаетъ сдѣлки отъ имени малолѣтняго.

Однако, сдѣлки, заключенныя малолѣтнимъ, нельзя считать безусловно недѣйствительными. Такъ какъ ограниченіе дѣеспособности установлено въ интересѣ малолѣтнихъ, то только съ ихъ стороны или со стороны опеки возможно опроверженіе силы заключенной сдѣлки. Контрагенты же малолѣтняго не могутъ освободиться отъ обязательства ссылкою на недѣеспособность другой стороны. Для опроверженія сдѣлки, заключенной малолѣтнимъ, нѣтъ необходимости доказывать невыгоду ея для его интересовъ.

Съ достиженіемъ 14 лѣтъ малолѣтній, у насъ, какъ и въ Англіи, можетъ просить о смѣнѣ опекуна и назначеніи ему другого лица въ качествѣ попечителя, но на положеніи опекуна (т. X ч. 1 ст. 219), при чемъ опека не обязана непремѣнно назначить то лицо, на которое указываетъ малолѣтній, даже устранять прежняго. Съ этимъ же возрастомъ соединяются и иные случаи, когда воля малолѣтняго принимается въ соображеніе при установленіи юридическихъ отношеній. При ссылкѣ родителей по приговору уголовнаго суда, дѣти старше 14 лѣтъ по собственному желанію слѣдуютъ за ними или нѣтъ (уст. о ссыльныхъ ст. 195); для усыновленія 14-тилѣтняго требуется его согласіе (т. X ч. 1 ст. 149). Но внѣ этихъ случаевъ права малолѣтняго, по достиженіи имъ 14 лѣтъ, не увеличиваются, и всякое даваемое съ его стороны согласіе на какой-либо актъ считается попрежнему ничтожнымъ (т. X ч. 1 ст. 219). Сверхъ того, малолѣтніе, независимо отъ возраста, если внесли сами на свое имя вкладъ въ государственную сберегательную кассу, распоряжаются имъ безъ участія опекуна (т. X ч. 1 ст. 268, прим. 1 по Прод. 1906).

Большую трудность представляетъ опредѣленіе объема дѣеспособности *несовершеннолѣтняго*, въ виду неясности и противорѣчій въ постановленіяхъ закона. Достигшій 17-тилѣтняго возраста вступаетъ въ «управленіе имѣніемъ», но дѣлать долги, давать письменныя обязательства и «совершать акты и сдѣлки какого-либо рода», а равно и распоряжаться капиталами, гдѣ-либо въ обращеніи находящимися, или получать таковые обратно изъ кредитныхъ установленій, можетъ не иначе, какъ съ согласія и за подписью своихъ попечителей, безъ чего никакія

выданныя имъ обязательства не могутъ считаться дѣйствительными (т. X ч. 1 ст. 220). Очевидно, что съ 17 лѣтъ лицо пріобрѣтаетъ способность совершать само юридическія сдѣлки, но только съ одобренія попечителя. Сдѣлка, заключенная попечителемъ самостоятельно, помимо несовершеннолѣтняго, должна быть признана недѣйствительною (кас. рѣш. 1876, № 488). Притомъ это одобреніе должно быть даваемо по поводу каждой сдѣлки, а не въ видѣ общаго разрѣшенія, потому что это не согласовалось бы съ задачею попечительства, состоящею въ опредѣленіи, соотвѣтствуетъ ли сдѣлка интересамъ несовершеннолѣтняго или нѣтъ (кас. рѣш. 1872, № 1092). Поэтому согласіе попечителя должно быть выражено или на самомъ обязательствѣ несовершеннолѣтняго или въ особомъ актѣ, но такъ, чтобы не было сомнѣнія, что разрѣшеніе дано на совершеніе именно данной сдѣлки (кас. рѣш. 1875, № 981). Такъ какъ попечитель призванъ соблюдать интересы несовершеннолѣтняго, то сдѣлка, заключенная послѣднимъ въ пользу попечителя, должна быть признана недѣйствительною (кас. рѣш. 1874, № 314),

Наиболѣе труднымъ представляется опредѣленіе того круга сдѣлокъ, которыя несовершеннолѣтній въ правѣ совершить самостоятельно, не испрашивая согласія попечителя. Съ одной стороны, законъ предоставляетъ ему управленіе имѣніемъ, съ другой—запрещаетъ совершеніе сдѣлокъ какого-либо рода, что, очевидно, находится въ противорѣчіи. Наша практика склонялась къ тому, чтобы устранить несовершеннолѣтняго отъ актовъ, направленныхъ къ отчужденію и обремененію недвижимости, къ совершенію кредитныхъ сдѣлокъ. Напротивъ, ему разрѣшалось продавать движимость, пріобрѣтать ее на наличныя деньги, получать проценты съ капитала, отдавать домъ въ наемъ, искать и отвѣчать на судѣ. Но такое расширеніе дѣеспособности не согласуется съ выраженіемъ закона и съ цѣлью попечительства. При значеніи движимости, какое она имѣетъ въ настоящее время, отчужденіе ея не можетъ быть предоставлено самому несовершеннолѣтнему. Это значило бы дать ему право продавать и закладывать цѣнныя бумаги, какъ ни велика была бы ихъ стоимость, распродать все домашнее серебро, запродать на много лѣтъ впередъ урожаи, продать весь лѣсъ на срубъ. Очевидно, что всѣ эти сдѣлки не соотвѣтствуютъ представленію объ управленіи имѣніемъ. Практика еще иначе пыталась провести границу между дозволеннымъ и запрещеннымъ для несовершеннолѣтняго: не со стороны объекта сдѣлки, а со сто-

роны ея формы. Съ этой точки зрѣнія несовершеннолѣтній признается недѣеспособнымъ лишь для заключенія сдѣлокъ, требующихъ письменной формы. Но съ такимъ взглядомъ нельзя согласиться въ виду того, что по нашему законодательству форма сдѣлки не зависитъ ни отъ цѣнности, ни отъ важности акта, а продажа всякой движимости, составляя совершеніе сдѣлки, можетъ быть произведена словесно. Такой выводъ также противорѣчитъ цѣли ограниченія дѣеспособности по началу несовершеннолѣтія.

Признавая неправильною вообще попытку переименовать разрѣшаемыя несовершеннолѣтнему сдѣлки, мы должны, напротивъ, обращать вниманіе на каждую сдѣлку въ отдѣльности и опредѣлять, не выходитъ ли она изъ предѣловъ управленія, вызывается ли она задачами управленія. Только при соотвѣтствіи данной сдѣлки съ цѣлью управленія можно признать за нею юридическую силу. Такъ, напр., несовершеннолѣтній, которому достался домъ, можетъ производить ежегодный ремонтъ, но не капитальный, можетъ сдавать квартиры или цѣлый домъ по договору найма, нанимать дворника и прислугу; несовершеннолѣтній обладатель имѣнія можетъ продавать продукты поля, сада, лѣса, огорода, покупать необходимыя машины, инструменты, нанимать рабочихъ, но не управляющаго, продавать лѣсъ, насколько частная вырубка не угрожаетъ неприкосновенности лѣса, какъ цѣлаго. Всякая сдѣлка, которая не вызывается задачами управленія, должна быть признана недѣйствительною, независимо отъ ея наименованія или объекта. На эту точку зрѣнія въ послѣднее время всталъ и Сенатъ, хотя и съ оговоркой, способной подорвать все значеніе самаго принципа. Сенатъ пришелъ къ заключенію, что всѣ сдѣлки и акты, заключенные несовершеннолѣтнимъ по имѣнію, не выходящіе за предѣлы управленія имѣніемъ, должны быть признаваемы дѣйствительными, а потому въ частности несовершеннолѣтній въ правѣ отдавать имѣніе по письменнымъ договорамъ въ аренду безъ согласія на то попечителя, и такіе договоры признаются дѣйствительными, «если только они не вредятъ несовершеннолѣтнему своей убыточностью» (кас. рѣш. 1909, № 117).

Такъ какъ процессуальная дѣеспособность обусловливается матеріальною, то необходимо признать, что несовершеннолѣтній въ правѣ предъявлять иски и отвѣчать по предъявленнымъ къ нему, безъ участія попечителя, лишь тогда, когда основаніемъ

иска служитъ сдѣлка, вызванная задачами управленія, хотя законъ нашъ какъ будто имѣлъ въ виду лишить несовершеннолѣтняго всякой процессуальной самостоятельности (уст. гр. суд. ст. 19).

Послѣдствіемъ сдѣлки, заключенной несовершеннолѣтнимъ вопреки закону, будетъ недѣйствительность ея (т. X ч. 1 ст. 222). На основаніи такой сдѣлки не можетъ быть предъявленъ искъ даже по достиженіи совершеннолѣтія, и если бы это лицо само пожелало исполнить обязательство, то такое исполненіе можетъ встрѣтить препятствіе со стороны кредиторовъ (при несостоятельности). Однако, недѣйствительность сдѣлки, заключенной несовершеннолѣтнимъ безъ согласія попечителя, не будетъ безусловной; сдѣлка только опровержима и, конечно, только тѣмъ лицомъ, чьи интересы имѣлъ въ виду охранить законодатель. Контрагентъ несовершеннолѣтняго не имѣетъ никакого права ссылаться на недѣйствительность сдѣлки. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ со стороны несовершеннолѣтняго вопросъ о недѣйствительности заключенной имъ сдѣлки возбудится только тогда, когда сдѣлка окажется для него вредною. Но изъ этого нельзя выводить, будто только при этомъ условіи возможно опроверженіе сдѣлки и что на опровергающемъ сдѣлку лежитъ обязанность доказать не только возрастъ одного изъ контрагентовъ, но и невыгодность заключенной имъ сдѣлки.

Недѣйствительность сдѣлки, заключенной несовершеннолѣтнимъ безъ согласія опекуна, не должна вести къ обогащенію ни той, ни другой стороны. Все, что̀ на основаніи ея получено другимъ контрагентомъ отъ несовершеннолѣтняго, должно быть возвращено. Основаніемъ иска будетъ не сдѣлка, а несогласное съ закономъ обогащеніе одного лица на счетъ другого. На томъ же основаніи все то, что̀ получилъ несовершеннолѣтній въ силу недѣйствительной сдѣлки отъ другого контрагента, должно быть возвращено послѣднему, но только тогда и настолько, когда и насколько оно находится налицо въ имуществѣ несовершеннолѣтняго,—купленная лошадь, заказанная одежда и т. п., вообще если полученную несовершеннолѣтнимъ вещь можно выдѣлить изъ имущества его безъ ущерба для цѣлости имущества. Если же полученныя вещи не находятся болѣе въ составѣ его имущества, то взысканіе не можетъ быть направлено на послѣднее, иначе это было бы нарушеніемъ цѣли и смысла законнаго запрещенія. Въ самомъ дѣлѣ, представимъ себѣ случай займа, сдѣланнаго несовершеннолѣтнимъ съ цѣлью

кутежа: если кредитору предоставить право взыскать данныя деньги съ имущества несовершеннолѣтняго, то это будетъ равносильно признанію дѣйствительности сдѣлки, не говоря уже о пренебреженіи самой защиты интересовъ опекаемаго.

Кромѣ упомянутыхъ общихъ сроковъ совершеннолѣтія существуютъ еще спеціальные для нѣкоторыхъ гражданскихъ актовъ, которые будутъ указаны въ соотвѣтственныхъ мѣстахъ. Женитьба или замужество до 21 года не имѣютъ у насъ никакого вліянія на дѣеспособность, напротивъ во Франціи или Швейцаріи (§ 14), эти факты ставятъ несовершеннолѣтняго въ положеніе эмансипированнаго.

II. Полъ. Древнее римское право лишало женщину дѣеспособности въ виду ея природнаго легкомыслія (propter animi levitatem). Германцы внесли идею покровительства женщинѣ со стороны болѣе сильнаго мужчины, вслѣдствіе чего женщина оказывалась всегда подъ опекою, сначала отца или братьевъ, потомъ мужа. Эта идея согласовалась съ воинственнымъ типомъ средневѣкового общества. По мѣрѣ внесенія мира и порядка въ жизнь европейскихъ народовъ идея покровительства все болѣе теряла почву. Тогда въ оправданіе ограниченной дѣеспособности женщины былъ выдвинутъ новый мотивъ. Исторически, говорятъ, выработались типы женщины, какъ хозяйки дома, и мужчины, какъ добывателя внѣ дома средствъ существованія семьи. Поэтому только мужчинѣ приходится вступать въ сдѣлки, и по той же причинѣ неосторожно позволять непривычной къ обороту и неопытной въ дѣлахъ женщинѣ совершать самостоятельно юридическіе акты, тѣмъ болѣе, что, въ виду общности имущества между супругами, неосторожность жены отражается на мужѣ. Эти соображенія еще и сейчасъ поддерживаются,— такъ, Дернбургъ утверждаетъ, что «мужчинѣ свойственна общественная жизнь, призваніе женщины — домъ». Однако, одно обстоятельство подрываетъ значеніе соображеній, выдвигаемыхъ въ пользу ограниченія дѣеспособности женщины. По законодательствамъ женщина ограничивается въ дѣеспособности только тогда, когда она замужемъ; до замужества и по окончаніи брака, смертью мужа или разводомъ, женщина пользуется тѣмъ же юридическимъ положеніемъ, что и мужчина. Отсюда обнаруживается, что основаніе ограниченія дѣеспособности женщины слѣдуетъ видѣть не въ ея полѣ, а въ подчиненности мужу, что ограниченія установлены въ интересахъ не жены, а мужа. Но экономическія условія настоящаго времени, помимо идеи

равноправія, все болѣе выдвигаютъ женщину, хотя бы и замужнюю, на самостоятельное юридическое положеніе. Это приводитъ, съ одной стороны, къ ослабленію супружеской власти, а съ другой—къ уравненію женщины съ мужчиной въ гражданской дѣеспособности.

До сихъ поръ во Франціи замужняя женщина приравнивается дѣтямъ и сумасшедшимъ (§ 1124). Кодексъ 1804 года сдѣлалъ ее совершенно недѣеспособной, за нѣкоторыми исключеніями. Безъ согласія мужа жена не можетъ вступать ни въ какіе договоры, получать что-либо, хотя бы по дарственному акту, ни предъявлять иска, ни вступать въ отвѣтъ по предъявленному къ ней. Примѣру Франція слѣдовали другія романскія законодательства Италіи, Испаніи, Португаліи. Англія впервые на Западѣ отрѣшилась отъ исторической точки зрѣнія. Отъ полнаго отрицанія за замужнею женщиною дѣеспособности, англійское законодательство, съ 1883 года, рѣзко перешло къ признанію за ней полной дѣеспособности; отнынѣ она свободно пріобрѣтаетъ, отчуждаетъ при помощи юридическихъ актовъ, обязывается по договорамъ, выступаетъ на судѣ, не спрашивая разрѣшенія своего мужа. Германское уложеніе 1896 года пошло по тому же пути уравненія (§ 1399). Это общее движеніе не могло не отразиться на Франціи, которая закономъ 13 іюля 1907 года признала за женою право самостоятельнаго распоряженія средствами, добытыми собственнымъ трудомъ.

Въ имущественномъ отношеніи женщина поставлена давно въ Россіи лучше, чѣмъ въ западныхъ государствахъ. Все равно, замужемъ она или нѣтъ, русская женщина пользуется такою же гражданскою дѣеспособностью, какъ и мужчина. Исключенія изъ этого положенія незначительны и находятъ себѣ нѣкоторое объясненіе въ столкновеніи послѣдствій сдѣлокъ съ идеей неразрывнаго совмѣстнаго сожительства супруговъ. а) Замужняя женщина не въ правѣ безъ согласія мужа обязываться по векселю (уст. векс., ст. 2), потому что въ прежнее время неисполненіе по вексельному обязательству влекло за собою тюремное заключеніе. б) Замужняя женщина не въ правѣ безъ согласія мужа вступать въ договоръ личнаго найма (т. X ч. I ст. 2202), потому что личный наемъ можетъ соединяться съ отношеніями, несогласными съ правами мужа, и съ удаленіемъ отъ мѣста жительства мужа. Нѣтъ никакого основанія ограничивать понятіе личнаго найма въ данномъ случаѣ наймомъ въ личное услуженіе (прислуги), какъ это дѣлаетъ наша практика.

Всякій договоръ личнаго найма можетъ оказаться несовмѣстимымъ съ правомъ личной власти мужа, слѣдовательно, сюда подходятъ случаи поступленія на сцену по контракту съ антрепренеромъ, найма въ гувернантки, конторщицы и т. п. Законъ не указываетъ, чтобы договоръ найма, заключенный женою безъ согласія мужа, былъ недѣйствителенъ. Поэтому слѣдуетъ признать, что мужъ можетъ только прекратить дальнѣйшее отношеніе. Такъ какъ это право мужа вытекаетъ изъ его права личной власти, то за нимъ всегда сохраняется возможность разрушенія договора, несмотря на отдѣльный видъ, данный имъ женѣ (кас. рѣш. 1871, № 504), или даже не выраженное согласіе; въ послѣднемъ случаѣ онъ отвѣчаетъ за имущественный ущербъ, причиненный контрагенту жены. Только относительно найма на фабричныя и на сельскія работы законъ постановляетъ, что жена можетъ вступить въ договоръ безъ согласія мужа, если послѣдній выдалъ ей отдѣльный видъ на жительство (т. XI, ч. 2, уст. пром., ст. 90, т. XII, ч. 2 пол. найма сельск. раб., изд. 1906 ст. 10).

III. Здоровье. Признавая за каждымъ лицомъ право вступать въ юридическія отношенія, законъ разсчитываетъ на нормальное состояніе физическихъ и умственныхъ способностей. Болѣзненное состояніе здоровья лица, дѣлающее его неспособнымъ къ тѣмъ именно сдѣлкамъ, въ которыя оно вступаетъ, и особенно психическое разстройство или недоразвитость, препятствующія уяснить себѣ значеніе совершаемыхъ актовъ,— являются основаніями для ограниченія дѣеспособности. Такъ, половое безсиліе составляетъ препятствіе къ совершенію брака (т. X, ч. 1, ст. 46, п. 1, ст. 48, 49), заразительная болѣзнь женщины мѣшаетъ ей наниматься въ кормилицы или няньки подъ угрозою уголовнаго наказанія (улож. наказ. ст. 855); слѣпой не можетъ быть свидѣтелемъ у нотаріуса (нот. пол. ст. 87, п. 1). Особенное вниманіе обращаетъ наше законодательство на душевнобольныхъ и глухонѣмыхъ.

1. Ненормальное состояніе умственныхъ способностей составляетъ препятствіе для нѣкоторыхъ сдѣлокъ, хотя бы *душевная болѣзнь* и не была установлена офиціальнымъ порядкомъ. Признаются недѣйствительными бракъ, совершонный въ сумасшествіи одного или обоихъ супруговъ (т. X, ч. 1, ст. 37, п. 1), и духовныя завѣщанія, составленныя не въ здравомъ умѣ и твердой памяти (т. X, ч. 1, ст. 1017). Но для признанія недѣйствительности всѣхъ вообще юридическихъ сдѣлокъ, совер-

шаемыхъ душевнобольными, какъ лицами недѣеспособными, необходимо удостовѣреніе такого состоянія ихъ въ установленномъ порядкѣ. По требованію родственниковъ, опекуновъ, попечителей или наслѣдниковъ (т. X, ч. 1, ст. 367 прим.) или по собственной иниціативѣ губернатора, который получилъ достовѣрныя свѣдѣнія, что эти лица опасны въ общежитіи или, по крайней мѣрѣ, не могутъ управлять имѣніемъ (т. II, изд. 1892, ст. 337), производится во врачебномъ отдѣленіи губернскаго правленія освидѣтельствованіе предполагаемаго больного (т. X, ч. 1, ст. 372). Если присутствіе признаетъ дѣйствительность помѣшательства, то протоколъ съ вопросами и отвѣтами препровождается въ судебный департаментъ Сената. Съ момента признанія Сенатомъ (или губернскимъ правленіемъ, когда свидѣтельствуемый крестьянинъ) наступаетъ по закону ограниченіе дѣеспособности душевнобольного, о чемъ доводится до общаго свѣдѣнія посредствомъ публикаціи въ Сенатскихъ Объявленіяхъ (т. X, ч. 1, ст. 374[1]). Опека,—говоритъ законъ,—не налагается въ моментъ признанія присутствіемъ сумасшествія, но принимаются губернскимъ начальствомъ мѣры къ охраненію имущества больного (т. X, ч. 1, ст. 374). Неяснымъ представляется, какія административныя мѣры могутъ быть принимаемы въ тотъ довольно продолжительный промежутокъ времени, который пройдетъ между постановленіемъ присутствія и утвержденіемъ постановленія со стороны Сената, и какова будетъ сила сдѣлокъ, заключенныхъ душевнобольнымъ въ это время при недостаточности административнаго надзора. Очевидно, доказывать ненормальное состояніе въ моментъ совершенія сдѣлки для опроверженія ея нѣтъ необходимости, потому что оно признано только что въ официальномъ порядкѣ. Слѣдовательно, вопреки словамъ закона, ограниченіе дѣеспособности фактически наступаетъ со времени признанія лица душевнобольнымъ во врачебномъ отдѣленіи.

Признаніе человѣка душевнобольнымъ въ установленномъ порядкѣ создаетъ законное предположеніе его недѣеспособности, не допускающее опроверженія, и влечетъ за собой учрежденіе надъ нимъ опеки. Опека надъ душевнобольными приравнивается къ опекѣ надъ малолѣтними (т. X, ч. 1, ст. 377). Слѣдовательно, душевнобольные, если бы они даже остались на свободѣ, лишены совершенно дѣеспособности. За нихъ заключаютъ сдѣлки опекуны. Поэтому недѣйствительны составленныя ими завѣщанія (т. X ч. 1 ст. 1017 п. 1), совершон-

ная ими продажа (т. X ч. 1 ст. 1389), залогъ (т. X ч. 1 ст. 1627) и, по аналогіи, всѣ остальныя сдѣлки. Они лишены и процессуальной дѣеспособности (уст. гр. суд. ст. 19). Заключенная самимъ душевнобольнымъ сдѣлка можетъ быть опровергнута опекою, но не контрагентомъ душевнобольного. Ограниченная вслѣдствіе душевной болѣзни, дѣеспособность можетъ быть возстановлена только по удостовѣреніи, что больной выздоровѣлъ, въ томъ же самомъ порядкѣ, какой опредѣленъ для признанія его больнымъ.

2. Относительно *глухонѣмыхъ* возникаетъ естественное предположеніе, что, въ силу своихъ природныхъ недостатковъ, они не въ состояніи достичь той зрѣлости, пріобрѣсти тотъ опытъ, которые необходимы для пониманія значенія совершаемыхъ юридическихъ актовъ. До 21 года нѣмые и глухонѣмые находятся подъ опекою на общемъ основаніи (т. X ч. 1 ст. 381), съ тою только разницей, что для нихъ нѣтъ расширенія дѣеспособности по достиженіи 17 лѣтъ; слѣдовательно, они находятся на положеніи малолѣтнихъ вплоть до совершеннолѣтія. По достиженіи этого возраста имъ производится освидѣтельствованіе тѣмъ же порядкомъ, какой установленъ для душевнобольныхъ. Если окажется, что свидѣтельствуемый можетъ свободно изъяснять свои мысли и изъявлять свою волю, то предоставляется ему право управлять и распоряжаться своимъ имуществомъ наравнѣ съ прочими совершеннолѣтними, хотя Сенатъ, въ виду опасности полной свободы для имущества глухонѣмыхъ, можетъ, но не обязанъ, назначать къ нимъ попечителей и поставить ихъ такимъ образомъ навсегда въ положеніе несовершеннолѣтнихъ. Если освидѣтельствованіе приведетъ къ обратному заключенію, то глухонѣмые и нѣмые продолжаютъ до конца жизни оставаться подъ опекою на положеніи малолѣтнихъ (т. X ч. 1 ст. 381). «Отсюда слѣдуетъ, что, тогда какъ, по общему правилу, всякій, достигшій совершеннолѣтія, предполагается уже, въ силу самаго закона, дѣеспособнымъ до тѣхъ поръ, пока не будетъ ограниченъ (напр., вслѣдствіе душевной болѣзни), относительно глухонѣмыхъ дѣйствуетъ обратное предположеніе: и по достиженіи совершеннолѣтія они продолжаютъ считаться недѣеспособными до тѣхъ поръ, пока, по освидѣтельствованіи, не будетъ признана за ними дѣеспособность» (кас. рѣш. 1883, № 51). Отъ этого, совершенно правильнаго, взгляда Сенатъ позднѣе отступилъ (кас. рѣш. 1896, № 44), признавъ, что сдѣлки глухонѣмыхъ, хотя бы и не освидѣтель-

ствованныхъ въ способности изъявлять волю, будутъ дѣйствительны, если обнаружится фактически полное сознаніе ими совершоннаго. Такое толкованіе не согласно со смысломъ ни ст. 381 т. X ч. 1, ни ст. 76 прил. къ ст. 708 т. X ч. 1, изд. 1887, ни ст. 2 прил. къ ст. 694, по которымъ глухонѣмой приравнивается къ малолѣтнимъ и лишеннымъ разсудка. Поэтому слѣдуетъ придерживаться перваго взгляда Сената. Освидѣтельствованіе глухонѣмого можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ: 1) или признаніе его, по способности къ изъявленію воли, вполнѣ дѣеспособнымъ, 2) или, если это будетъ опаснымъ для него, то приравненіе его къ несовершеннолѣтнему съ назначеніемъ ему попечителя, 3) или, наконецъ, при обнаруженной неспособности изъяснять свои мысли и изъявлять свою волю,— приравненіе къ малолѣтнему съ назначеніемъ ему опекуна. Совершонныя самимъ глухонѣмымъ сдѣлки подлежатъ опроверженію только съ его стороны, такъ какъ ограниченіе дѣеспособности установлено исключительно въ интересѣ больныхъ.

IV. Разстройство имущества. Къ ограниченію дѣеспособности приводитъ иногда разстройство имущества, а именно при расточительности и несостоятельности. Германское уложеніе вводитъ новый видъ ограниченія—вслѣдствіе пьянства (§ 6 п. 3). Въ томъ же направленіи пошло швейцарское право (§ 370). Нашему законодательству послѣдняя форма неизвѣстна, если только она не сливается съ расточительностью.

1. Основанія, почему ограничивается дѣеспособность *расточителей*, могутъ быть различны. Можно предположить, что расточительность нерѣдко обусловливается ненормальнымъ состояніемъ умственныхъ способностей,—такова была точка зрѣнія римскаго права. Можно допустить необходимость охраненія интересовъ семьи, зависящей матеріально отъ главы дома,—такова точка зрѣнія германскаго права, которое признаетъ расточителемъ того, кто подвергаетъ себя или свое семейство опасности впасть въ состояніе крайней нужды. Можно, съ общественной точки зрѣнія, опасаться, что дѣти, воспитанные родителями въ роскоши и лишенные тѣми же родителями средствъ къ дальнѣйшему поддержанію усвоеннаго образа жизни, будутъ невольно натолкнуты на незаконные способы добыванія денегъ. Но трудно согласиться съ тѣмъ соображеніемъ, что правительство всегда является опекуномъ надъ взрослыми гражданами и по мотивамъ чисто нравственнымъ должно удерживать ихъ отъ раззоренія. Такая опека не согласуется съ современнымъ

общественнымъ строемъ, лежитъ внѣ фактической возможности и противорѣчитъ той свободѣ распоряженія, которая составляетъ основное начало гражданскихъ правъ. Между тѣмъ наше законодательство принимаетъ именно послѣднее основаніе для ограниченія дѣеспособности расточителей—«предупрежденіе и пресѣченіе роскоши безмѣрной и раззорительной, обузданіе излишества, безпутства и мотовства» (уст. пред. прест., изд. 1890, ст. 150). Не соотвѣтствуетъ всему складу современнаго государства и та идея опеки надъ расточителями, которая выдвинута нашимъ проектомъ: «обѣднѣніе не только извѣстнаго класса людей, но и отдѣльныхъ лицъ, не въ интересахъ государства».

Также труднымъ является установленіе самаго факта расточительности. Слѣдуетъ ли подъ расточительностью понимать то, что человѣкъ расходуетъ свыше своихъ доходовъ? Но въ этихъ условіяхъ живетъ весьма много лицъ, относительно которыхъ вопросъ и не возбуждается. Наоборотъ, расходуя въ предѣлахъ получаемыхъ доходовъ, человѣкъ рискуетъ быть признаннымъ расточителемъ. Кажется, самымъ правильнымъ критеріемъ можетъ служить безцѣльность тратъ, безотносительно къ доходности.

Въ отношеніи послѣдствій, связанныхъ съ признаніемъ лица расточительнымъ, различаются системы французская и германская. По первой системѣ, расточитель не лишается дѣеспособности, не ставится подъ опеку, но получаетъ лишь совѣтника (conseil judiciaire) въ роли попечителя, безъ разрѣшенія котораго не можетъ совершать займа, получать капиталы, продавать и закладывать недвижимости, выступать въ судѣ (§ 513). Напротивъ, по германской системѣ расточитель отдается подъ опеку и приравнивается по своей дѣеспособности къ несовершеннолѣтнему, достигшему 7 лѣтъ (§ 114). Русское законодательство примыкаетъ ко второй системѣ.

Ограниченіе дѣеспособности наступаетъ только послѣ признанія въ установленномъ порядкѣ лица расточителемъ. Послѣдствіемъ признанія лица расточителемъ является лишеніе его гражданской дѣеспособности въ сферѣ имущественныхъ отношеній наравнѣ съ малолѣтними; способности же вступать въ чисто личныя юридическія отношенія, не угрожающія цѣлости его имущества, расточитель не можетъ быть лишенъ, напр., права заключить бракъ, усыновить, узаконить, поступить на службу, принимать на себя обязанности по договору личнаго найма, принимать на себя довѣренности. Надъ имуще-

ствомъ расточителя учреждается опека, которая производитъ всѣ распоряженія, касающіяся до его имѣнія, управляетъ всѣми его дѣлами, выполняетъ всѣ его обязательства. Расточители же вовсе отстраняются отъ права на продажу или залогъ своего имѣнія и на заключеніе всякаго рода обязательствъ (уст. пред. прест. ст. 152). Опека выдастъ сму только доходы съ имѣнія или часть ихъ, если необходимо еще обезпечить положеніе семьи. Съ такимъ ограниченіемъ дѣеспособности не вполнѣ согласуется постановленіе устава гражданскаго судопроизводства (ст. 20), въ силу котораго лица, состоящія подъ опекою за расточительность, не лишаются права искать и отвѣчать на судѣ, но обязаны увѣдомлять о каждомъ возникшемъ дѣлѣ надлежащее опекунское учрежденіе. Сенатъ, который прежде отрицалъ за опекуномъ надъ расточителемъ право искать и отвѣчать на судѣ по имущественнымъ дѣламъ расточителя безъ уполномочія со стороны послѣдняго (кас. рѣш. 1873, № 801), позднѣе пришелъ къ противоположному заключенію (кас. рѣш. 1890, № 66). Рѣшеніе это приводитъ къ невозможнымъ послѣдствіямъ. Распоряженіе однимъ и тѣмъ же имуществомъ присвоивается двумъ отдѣльнымъ лицамъ, изъ которыхъ каждый можетъ выступить истцомъ и отвѣтчикомъ. Чѣмъ и какъ устранить возможное и вѣроятное противорѣчіе ихъ дѣйствій? Въ дѣйствительности право судебнаго представительства, несомнѣнно, принадлежитъ только опекунамъ, такъ какъ процессуальная дѣеспособность обусловливается дѣеспособностью матеріальною. Единственный исходъ въ этомъ противорѣчіи можетъ быть найденъ, если признать, что ст. 20 имѣетъ въ виду кругъ тѣхъ отношеній (личныхъ), для которыхъ расточитель сохраняетъ свою дѣеспособность.

Законъ, указывая порядокъ и основанія учрежденія опеки за расточительность, допускаетъ возможность возстановленія дѣеспособности, вслѣдствіе совершеннаго и доказаннаго исправленія лица, подвергнутаго опекѣ (уст. пред. прест. ст. 150, прил. I, ст. 6). Но легче удостовѣрить расточительность, чѣмъ исправленіе отъ мотовства, особенно когда расточитель лишенъ былъ имущественныхъ средствъ и не могъ обнаружить хозяйственнаго благоразумія. Поэтому-то учрежденіе опеки за расточительность въ дѣйствительности, можно сказать, безповоротно.

2. Другой случай, когда имущественное разстройство влечетъ ограниченіе дѣеспособности, — это *несостоятельность*. Такое

ограниченіе можетъ быть вызвано опасеніемъ, какъ бы несостоятельное лицо не увеличило своихъ долговъ, не запутало еще болѣе и безъ того разстроенныя дѣла. Для ликвидаціи его дѣлъ и для возможно равномѣрнаго удовлетворенія всѣхъ кредиторовъ у несостоятельнаго отнимается управленіе и распоряженіе его имуществомъ и передается конкурсному управленію, которое за него предъявляетъ иски въ судѣ и отвѣчаетъ на судѣ (уст. суд. торг. стт. 428, 459 и 552). Опасность новыхъ сдѣлокъ со стороны несостоятельнаго для имущества его, собраннаго въ конкурсную массу, могла бы быть устранена постановленіемъ, въ силу котораго исполненіе по такимъ сдѣлкамъ не обращается на конкурсную массу, а только на имущество, оказавшееся у несостоятельнаго должника послѣ окончанія конкурснаго производства. Такъ именно поступаютъ законодательства французское и германское. Но наше законодательство инымъ путемъ достигаетъ указанной цѣли обезпеченія интересовъ кредиторовъ: оно признаетъ сдѣлки, заключенныя несостоятельнымъ должникомъ, недѣйствительными (т. X ч. 1, изд. 1887 г., ст. 708, приложеніе 1, ст. 55). Банкротскій уставъ 1800 года, изъ котораго извлечена ст. 55 (по изд. 1900 г., т. X ч. 1 ст. 770), предписывалъ всѣ акты, совершонные отъ лица несостоятельнаго, «ставить въ ничто». Однако, Сенатъ сталъ въ послѣднее время на иную точку зрѣнія (кас. рѣш. 1896, № 19; 1903, № 22). По его мнѣнію, «фактъ объявленія должника несостоятельнымъ влечетъ для него не совершенную потерю его гражданской дѣеспособности, а только ея ограниченіе, и притомъ настолько, насколько оно необходимо для огражденія имущественныхъ правъ и интересовъ его кредиторовъ, участвующихъ въ конкурсѣ». Съ первымъ положеніемъ необходимо согласиться: несостоятельный не лишается дѣеспособности, а лишь ограничивается въ ней. Но второе положеніе не можетъ быть признано вѣрнымъ и представляетъ собою толкованіе закона не по точному смыслу, а по соображенію практическихъ удобствъ или неудобствъ его примѣненія, пріемъ,—неодобряемый самимъ Сенатомъ (кас. рѣш. 1890, № 40).

Недѣйствительность сдѣлокъ, однако, нельзя считать безусловной; такъ какъ она установлена въ интересѣ кредиторовъ, то сдѣлки могутъ быть опровергаемы со стороны конкурснаго управленія. Изъ цѣли ограниченія несостоятельныхъ должниковъ въ ихъ дѣеспособности, вытекаетъ, что несостоятельные должники, какъ и расточители, не лишены права самостоятельно устанавли-

вать юридическія отношенія чисто личныя, не отражающіяся на ихъ имуществѣ (кас. рѣш. 1882, № 167). Такъ, они могутъ вступать въ бракъ, разводиться, усыновлять или узаконять дѣтей, наниматься по договору личнаго найма или довѣренности.

Соотвѣтственно установленному ограниченію въ матеріальной дѣеспособности, право искать и отвѣчать на судѣ переходитъ отъ несостоятельнаго должника къ конкурсному управленію за исключеніемъ: a) тѣхъ дѣлъ, которыя основаны на сохраненной ему дѣеспособности, и b) тѣхъ дѣлъ, въ которыхъ конкурсное управленіе выдаетъ несостоятельному свидѣтельство, что оно отказывается отъ ихъ веденія (уст. гражд. суд. ст. 21). Ограниченіе дѣеспособности наступаетъ со дня постановленія судомъ опредѣленія о признаніи лица несостоятельнымъ (кас. рѣш. 1895, № 58). Дѣеспособность несостоятельнаго должника возстанавливается съ окончаніемъ конкурснаго производства или съ заключеніемъ мировой сдѣлки.

§ 12.

Вліяніе различныхъ обстоятельствъ на правоспособность.

Литература: Андреевскій, *О правахъ иностранцевъ въ Россіи до вступленія Іоанна III на престолъ*, 1854; Мышъ, *Новое направленіе русскаго законодательства объ иностранцахъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1891, № 6); Коркуновъ, *Укорененіе иностранцевъ и прекращеніе подданства* („Ж. М. Ю.“ 1895, № 10); Шугуровъ, *Исторія евреевъ въ Россіи* („Рус. Арх.“. 1894, ч. 1 и 2); Леонтовичъ, *Историческій обзоръ постановленій о евреяхъ въ Россіи*, 1862; Леванда, *Полный хронологическій сборникъ законовъ и положеній, касающихся евреевъ, отъ уложенія Алексѣя Михайловича до настоящаго времени*, 1874; Мышъ *Руководство къ русскимъ законамъ о евреяхъ*, изд. 2, 1898; Гессенъ, *Законъ и жизнь*, 1911

I. Подданство. Въ средніе вѣка положеніе иностранцевъ въ Западной Европѣ было почти безправное. Иностранецъ, какъ дикій, могъ быть обращенъ въ рабство (Wildfangsrecht). Мягче было отношеніе къ иностраннымъ купцамъ, къ чему побуждалъ личный интересъ туземцевъ. Имущество, оставшееся послѣ иностранца, умершаго бездѣтно, становилось достояніемъ сюзерена, а позднѣе, даже при наличности дѣтей, значительная часть наслѣдства переходила къ носителю мѣстной власти. Изъ-за этой доходной статьи велся споръ между сюзеренами и королемъ, который стремился сдѣлать своей монополіей право на на-

слѣдство послѣ иностранца (droit d'aubaine). Иностранцы не могли пріобрѣтать поземельной собственности, заниматься торговлею и ремеслами, были стѣснены въ судебной защитѣ, ставились въ худшее положеніе при конкурсѣ. Смягченіе суроваго положенія иностранцевъ достигалось или посредствомъ особыхъ грамотъ, выдаваемыхъ за деньги и приравнивавшихъ иностранца къ положенію туземца, или посредствомъ трактатовъ между сюзеренами и королями. Учредительное собраніе, декретомъ 6 августа 1790 года, уравняло иностранца съ французскими подданными. Code civil сдѣлалъ шагъ назадъ, объявивъ, что гражданскою правоспособностью обладаетъ только французскій подданный и что иностранецъ пользуется во Франціи гражданскими правами лишь подъ условіемъ взаимности, т.-е. если на его родинѣ французы признаются правоспособными. Иностранецъ не могъ даже наслѣдовать во Франціи. Несмотря на нѣкоторое смягченіе въ 1819 году этой суровой точки зрѣнія, все же дѣйствующее французское законодательство признаетъ за иностранцами полную гражданскую правоспособность только при условіи, если они получили разрѣшеніе на постоянное жительство во Франціи; всѣ другіе иностранцы пользуются тѣми лишь правами, какія предоставлены на родинѣ иностранца французамъ по трактатамъ (§§ 11 и 13). Въ Англіи законы 1844 и 1870 годовъ отмѣнили существовавшее ранѣе запрещеніе иностранцамъ пріобрѣтать недвижимости въ предѣлахъ Великобританіи. Въ Германіи въ настоящее время иностранцы уравнены въ гражданской дѣеспособности съ туземными подданными, за небольшими исключеніями, допускаемыми по мѣстнымъ законодательствамъ.

Въ древней Руси отношеніе къ чужеземцамъ было значительно мягче, чѣмъ на Западѣ. Характернымъ показателемъ можетъ служить привилегія, которую предоставляла имъ Русская Правда, наравнѣ съ княземъ, при распредѣленіи имущества несостоятельнаго должника (ст. 69 Карамз. спис.). Въ Московскомъ государствѣ недоброжелательное отношеніе къ иностранцамъ обнаруживается лишь со второй половины XVI вѣка и объясняется отчасти религіозною нетерпимостью къ латинцамъ, отчасти недовѣріемъ къ ихъ политическимъ убѣжденіямъ (зане государя своего Карлуса короля до смерти убили), отчасти торговою конкуренціею. Въ императорскій періодъ иностранцы являются излюбленными людьми и объ ограниченіи ихъ гражданской правоспособности не можетъ быть и рѣчи.

Соотвѣтственно тому, въ настоящее время сила законовъ равно обязательна для всѣхъ безъ изъятія россійскихъ подданныхъ и для иностранцевъ, въ Россійскомъ государствѣ пребывающихъ (т. I ч. 1., изд. 1906, ст. 85). Всѣ сдѣлки, въ которыя могутъ вступать русскіе подданные, доступны и иностранцамъ. Иностранцы могутъ пріобрѣтать какъ черезъ куплю, такъ и по наслѣдству, по завѣщаніямъ, дарственнымъ записямъ, по отводамъ отъ казны и т. п. всякаго рода движимости и недвижимости, могутъ вступать во всякіе договоры и обязательства (т. IX стт. 830 и 833). Практика русскихъ судовъ слѣдуетъ вполнѣ историческимъ началамъ. Такъ, Сенатомъ было признано, что иностранцы не могутъ пріобрѣтать только тѣхъ правъ, которыхъ они явно закономъ лишены (кас. рѣш. 1894, № 62). Въ виду возникшаго сомнѣнія, можно ли составлять завѣщаніе въ пользу греческаго королевства, Сенатъ высказалъ, что право пріобрѣтенія имуществъ въ предѣлахъ имперіи предоставлено всѣмъ вообще иностранцамъ, т.-е. какъ физическимъ, такъ и юридическимъ лицамъ, и только исключеніемъ изъ этого общаго правила слѣдуетъ считать то, что иностранныя торгово-промышленныя компаніи могутъ развивать свою торговую и промышленную дѣятельность въ Россіи не иначе, какъ по признаніи за ними правъ юридическаго лица со стороны русскаго правительства (кас. рѣш. 1909, № 75). Но русское законодательство содержитъ нѣсколько постановленій, ограничивающихъ правоспособность иностраннаго подданнаго, сравнительно съ тою, которою пользуется русскій подданный. а) Въ виду политическихъ соображеній, изъ опасенія усиленія на западной границѣ населенія, связаннаго съ землею, но не связаннаго съ русскимъ государствомъ, былъ изданъ 14 марта 1887 г. законъ, преграждающій для иностранцевъ возможность пріобрѣтенія земельной собственности. Въ 21 губерніи, расположенныхъ по юго-западной и западной границѣ, иностранные подданные не могутъ впредь пріобрѣтать какими бы то ни было способами, внѣ портовыхъ и другихъ городскихъ поселеній, права собственности, владѣнія и пользованія недвижимостями, въ частности по договору найма (за исключеніемъ квартиръ и дачъ для личнаго жительства), не могутъ, въ 10 губерніяхъ, и завѣдывать такими имѣніями въ качествѣ управляющихъ. При обезпеченіи долговыхъ требованій залогомъ имѣніе не должно переходить къ иностраннымъ подданнымъ. Въ случаѣ наслѣдованія по завѣщанію или по закону

наслѣдникъ, иностранный подданный, обязанъ продать недвижимости въ теченіе 3 лѣтъ русскому подданному. Всякаго рода сдѣлки, совершонныя въ нарушеніе или въ обходъ правилъ сего закона, признаются недѣйствительными (т. IX, ст. 830, прим. 2, прил. ст. 7). Это ограниченіе, по тѣмъ же основаніямъ, распространено было и на другія пограничныя губерніи. Такъ воспрещается пріобрѣтеніе земель и вообще недвижимостей въ Туркестанскомъ краѣ лицами, не принадлежащими къ русскому подданству (т. I, Пол. о управл. Турк. краемъ ст. 262). Такое же запрещеніе установлено по закону 1891 г. и для степныхъ областей—Акмолинской, Семипалатинской, Семирѣченской, Уральской и Тургайской, а по закону 1892 г. и для областей Амурской и Приморской (т. II, Пол. объ упр. ст. 136, т. IX, ст. 830, прим. 2). По закону 1898 года запрещеніе пріобрѣтенія правъ на недвижимости распространено на нѣкоторыя мѣстности Кавказскаго края, съ исключеніемъ въ цѣляхъ промышленныхъ (т. IX, ст. 830, прим. 2, прил. II). b) Когда иностранецъ, не состоящій на русской службѣ и не владѣющій въ Россіи недвижимымъ имѣніемъ, не представилъ при предъявленіи иска обезпеченія издержекъ по дѣлу и тѣхъ убытковъ, которые можетъ понести отвѣтчикъ, то послѣдній, не представляя объясненій по существу дѣла, могъ предъявить отводъ (уст. гражд. судопр. ст. 571 п. 5). Но по закону 1896 года эта обязанность представить обезпеченіе сохранена только для подданныхъ тѣхъ государствъ, съ которыми Россія не заключила конвенціи о взаимномъ устраненіи этого стѣсненія. c) Въ то время, какъ русскіе подданные пользуются 10-лѣтнимъ срокомъ для предъявленія своихъ наслѣдственныхъ правъ (т. X, ч. 1, ст. 1246), наслѣдники умершихъ въ Россіи иностранцевъ, вызванные публикаціею изъ-за границы для принятія наслѣдства, теряютъ свое право, если не предъявили требованія въ теченіе двухъ лѣтъ отъ публикаціи (т. X, ч. 1, ст. 1247), хотя нѣкоторые, основываясь на источникахъ, видятъ въ этомъ положеніи льготу для иностранцевъ, въ силу которой срокъ явки иностранца на вызовъ наслѣдниковъ увеличивается съ 6 мѣсяцевъ до 2 лѣтъ. d) По закону 21 іюня 1910 года въ предѣлахъ Пріамурскаго и Иркутскаго генералъ-губернаторствъ и Забайкальской области воспрещаются: сдача лицамъ, состоящимъ въ иностранномъ подданствѣ, казенныхъ подрядовъ и поставокъ, сдача въ аренду казенныхъ земель и оброчныхъ статей, наемъ этихъ лицъ на

работы, производимыя для надобностей казеннаго управленія (по Прод. 1910, т. IX, ст. 828, прим. 4 и ст. 830, прим. 4).

II. Національность. Чѣмъ больше размѣръ государства, чѣмъ разнообразнѣе національный составъ его, тѣмъ сильнѣе выступаетъ задача сплоченія разнородныхъ элементовъ. Гдѣ населеніе государства представляетъ полное единство по вѣрѣ, языку, общей исторической судьбѣ, тамъ сплоченіе происходитъ само собою. Гдѣ населеніе разбито на части, отличныя между собою по вѣрѣ, языку, исторической судьбѣ, тамъ сплоченіе достигается прежде всего полнымъ уравненіемъ всѣхъ гражданъ въ политической и гражданской правоспособности. Разумная политика стремится къ устраненію всего того, что разъединяетъ, что вызываетъ взаимное недоброжелательство. Только при этихъ условіяхъ въ странѣ съ разнороднымъ населеніемъ можетъ создаться здоровый патріотизмъ, основанный на сознаніи внутренней связи съ государствомъ. Эта идея усвоена всѣми современными государствами, которыя не допускаютъ по отношенію къ своимъ подданнымъ какихъ-либо различій въ гражданской правоспособности по началу національному.

Къ сожалѣнію, русскому законодательству эта идея, вызываемая чувствомъ самосохраненія, до сихъ поръ остается чуждой, и оно устанавливаетъ для русскихъ подданныхъ ограниченія въ правоспособности по національному основанію. Этому ограниченію подвергаются поляки и евреи.

1. Вскорѣ послѣ второй польской революціи послѣдовало Высочайшее повелѣніе (10 декабря 1865 г.), въ силу котораго, до окончательнаго устройства Западнаго края посредствомъ достаточнаго усиленія въ немъ числа русскихъ землевладѣльцевъ, воспрещено *лицамъ польскаго происхожденія* вновь пріобрѣтать поземельную собственность въ девяти западныхъ губерніяхъ, а именно: въ Кіевской, Подольской, Волынской, Виленской, Ковенской, Гродненской, Витебской, Могилевской и Минской (т. X, ч. 1, ст. 698, прил. ст. 2). Такъ какъ цѣль этого постановленія мало достигалась въ виду косвенныхъ способовъ удерживанія земли въ рукахъ поляковъ, особенно посредствомъ закладныхъ, то въ 1884 году изданы были правила относительно пріобрѣтенія въ собственность, залога и арендованія въ означенныхъ губерніяхъ земельныхъ имуществъ, внѣ городовъ и мѣстечекъ расположенныхъ.

Прежде всего слѣдуетъ замѣтить, что установленныя для лицъ польскаго происхожденія ограниченія имѣютъ въ виду національ-

нальность, а не вѣроисповѣданіе, такъ что поляки не-католическаго вѣроисповѣданія, напр., реформаты, а равно принявшіе православіе, подвергаются также силѣ ограниченій. Это обнаруживается какъ изъ буквальнаго смысла закона, такъ и изъ его цѣли. Остается, впрочемъ, сомнительнымъ, распространяется ли это ограниченіе на тѣхъ лицъ, одинъ изъ родителей котораго польскаго происхожденія, другой не-польскаго. То обстоятельство, что дѣти слѣдуютъ правамъ состоянія отца, не разрѣшаетъ настоящаго вопроса, потому, что рѣчь идетъ не о правахъ состоянія, а о національности. Насколько вообще трудно опредѣлить національность, можно видѣть по дѣлу Россетеръ (кас. рѣш. 1901, № 44).

Всѣ акты и сдѣлки, совершонные на переходъ имѣній, расположенныхъ въ девяти западныхъ губерніяхъ, къ лицамъ польскаго происхожденія всякимъ инымъ путемъ, кромѣ наслѣдованія по закону, считаются недѣйствительными (т. X ч. 1 ст. 698, прил. ст. 1, прим.). Слѣдуетъ полагать, что завѣщанія въ пользу лицъ, имѣющихъ право законнаго наслѣдованія, сохраняютъ полную силу. Наравнѣ съ завѣщаніями должны быть разсматриваемы дареніе, выдѣлъ, приданое, когда они имѣютъ своею цѣлью передать при жизни собственника поземельную собственность тѣмъ лицамъ, которыя, при открытіи наслѣдства, могли бы и безъ того получить эту собственность въ томъ же именно размѣрѣ. Поэтому завѣщатель не можетъ передать одному изъ законныхъ наслѣдниковъ все имѣніе, предоставивъ другимъ только капиталъ или обязавъ преемника къ денежнымъ выдачамъ въ пользу другихъ законныхъ наслѣдниковъ. Но какъ только наслѣдники получили причитающіяся каждому изъ нихъ доли, то нѣтъ никакого основанія не признать силы за совершоннымъ ими на общемъ основаніи раздѣломъ, хотя бы вслѣдствіе того за однимъ изъ нихъ осталась вся недвижимость, напр., заводъ, а другіе получили бы только право требовать отъ него денежныхъ выдачъ.

Наравнѣ съ пріобрѣтеніемъ права собственности законъ разсматриваетъ всякія другія сдѣлки, направленныя къ тому, чтобы фактически предоставить полякамъ возможность господства надъ землею. Законъ особенно указываетъ на залогъ и вообще на сдѣлки и договоры, направленные къ цѣли присвоенія лицу постояннаго юридическаго господства надъ землею (т. X ч. 1 ст. 698, прил. ст. 6). Однако, законъ не воспрещаетъ арендныхъ договоровъ на срокъ не свыше 12 лѣтъ (тамъ же). Въ

видѵ возможности различныхъ притворныхъ сдѣлокъ, направленныхъ къ обходу законовъ 10 іюня 1864, 10 дек. 1865 и 27 дек. 1884 годовъ, послѣдній законъ признаетъ такія сдѣлки недѣйствительными, притомъ безусловно, такъ что каждый изъ контрагентовъ можетъ просить объ уничтоженіи акта, совершоннаго противъ правилъ. Сверхъ того, право требовать передъ судомъ признанія недѣйствительности такихъ сдѣлокъ, кромѣ участвующихъ сторонъ, принадлежитъ еще и администраціи (тамъ же ст. 8, 11 и 12).

Въ видѣ предупредительной мѣры въ 1886 году установлено, что акты о недвижимости могутъ быть совершаемы только въ пользу тѣхъ лицъ, которыя представятъ разрѣшеніе генералъ-губернатора на пріобрѣтеніе поземельной собственности. Сенатъ разъяснилъ, что подобное удостовѣреніе имѣетъ своею цѣлью устранить сомнѣніе въ правоспособности лица, а потому, къ какому бы имѣнію ни относилось данное разрѣшеніе, въ какомъ бы размѣрѣ ни дано было разрѣшеніе, оно имѣетъ силу для пріобрѣтенія какого угодно недвижимаго имѣнія и въ какомъ угодно размѣрѣ (кас. рѣш. 1895, № 39 и 1899, № 29). Таковыя свидѣтельства не требуются: отъ лицъ русскаго происхожденія православнаго вѣроисповѣданія, отъ лицъ лютеранскаго вѣроисповѣданія и отъ проживающихъ въ Западномъ краѣ татаръ (т. X ч. 1 ст. 698, прил. ст. 1, прим. 2).

Высочайшимъ повелѣніемъ 4 марта 1889 года дѣйствіе указанныхъ правилъ было отмѣнено для крестьянъ польскаго происхожденія, которымъ предоставлена была возможность повсемѣстнаго пріобрѣтенія въ предѣлахъ Западнаго края поземельной собственности. Указомъ 1 мая 1905 г. названныя сейчасъ ограниченія нѣсколько ослаблены и для другихъ сословій. Права лицъ польскаго происхожденія въ отношеніи недвижимостей, расположенныхъ въ девяти западныхъ губерніяхъ, расширяются смотря по тому, отъ кого пріобрѣтаются земли и для какихъ цѣлей. Съ первой точки зрѣнія лицамъ польскаго происхожденія разрѣшается пріобрѣтать отъ лицъ польскаго же происхожденія имѣнія въ собственность и пожизненное владѣніе, принимать таковыя въ залогъ и арендовать на общемъ основаніи. Со второй точки зрѣнія лицамъ польскаго происхожденія разрѣшается, съ дозволенія генералъ-губернаторовъ и губернаторовъ, пріобрѣтать и отъ лицъ русскаго происхожденія недвижимыя имущества, внѣ городовъ и мѣстечекъ распо-

ложенныя, если пріобрѣтеніе имѣетъ своею цѣлью: a) уничтоженіе черезполосности, хозяйственное округленіе границъ, обмѣнъ согласно ст. 1374 т. X ч. 1, и b) осуществленіе промышленныхъ задачъ, при чемъ въ послѣднемъ случаѣ размѣръ пріобрѣтенія не долженъ превышать 60 десятинъ. Въ чертѣ городовъ и мѣстечекъ лица польскаго происхожденія могутъ совершенно свободно пріобрѣтать недвижимости въ собственность, въ срочное владѣніе и пользованіе, принимать въ залогъ (т. X ч. 1, по Прод. 1906, ст. 698 прил., прим. 2, ст. 7^{1}—7^{5}).

2. *Евреи*, состоящіе въ подданствѣ Россіи, подлежатъ общимъ законамъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ не постановлено особыхъ о нихъ правилъ (т. IX ст. 767). Но такихъ правилъ довольно много, и они весьма существенны по содержанію,

Въ Западной Европѣ преслѣдованія евреевъ начались прежде всего на религіозной почвѣ. Враговъ Христовыхъ гнали и заставляли насильственно креститься. Не имѣя вслѣдствіе этого прочной осѣдлости, евреи не могли заниматься земледѣліемъ, не могли открывать большой товарной торговли. Имъ оставалось вести денежную торговлю, потому что деньги и драгоцѣнности легко могли быть скрываемы и перевозимы. Накопленіе богатствъ разбудило жадные инстинкты. Евреи облагались довольно высокимъ налогомъ, и, чтобы не потерять этой доходной статьи, имъ запрещали иногда принимать христіанство подъ страхомъ конфискаціи всего имущества. Когда короли нуждались въ средствахъ, они изгоняли всѣхъ евреевъ, забирая себѣ ихъ имущество, или признавали недѣйствительными всѣ долги имъ, обязывая должниковъ лишь уплатить часть, и то исключительно въ пользу короля. Евреямъ запрещали пріобрѣтать недвижимости, запрещали вступать въ браки между собою. Преслѣдуемые видѣли единственное средство защиты въ чувствѣ солидарности и въ накопленіи экономической силы взамѣнъ правъ. Въ XVIII вѣкѣ пробивается новый взглядъ на положеніе евреевъ. Почти наканунѣ революціи въ 1787 году одна изъ академій ставитъ на конкурсъ тему: «Какими средствами можно сдѣлать во Франціи евреевъ болѣе довольными и болѣе полезными?» Учредительное собраніе 28 сентября 1791 года признало за евреями всѣ гражданскія права. Въ Англіи закономъ 1868 и въ Германіи закономъ 1869 года уничтожены послѣдніе слѣды ограниченія евреевъ въ ихъ гражданской правоспособности.

Гонимые повсюду, евреи нашли себѣ пріютъ въ Польшѣ при Казимірѣ Великомъ и въ Литвѣ при Витовтѣ. Здѣсь они пользовались полною свободою вѣроисповѣданія и неограниченною гражданскою правоспособностью. До XVI вѣка они довольно свободно проникали и въ Россію. Съ этого времени начинается враждебное къ нимъ отношеніе, главнымъ образомъ на религіозной почвѣ. На ходатайство польскаго короля не стѣснять торговлю евреевъ Іоаннъ IV отвѣтилъ отрицательно: «жидамъ ѣздити къ намъ въ Россію не пригоже». Въ XVIII в. интересы казны побуждали русское правительство открыть свободный доступъ въ Россію евреямъ, но Елизавета на представленіи Сената начертала резолюцію: «Отъ враговъ Христовыхъ не желаю интересной прибыли». Напротивъ, Екатерина II дозволила евреямъ селиться въ Малороссіи и Новороссіи. Вслѣдствіе раздѣла Польши и присоединенія къ Россіи значительной части литовско-русскаго государства возникъ еврейскій вопросъ. Въ XIX вѣкѣ замѣчаются постоянныя колебанія въ отношеніи правъ евреевъ: ихъ правоспособность то расширяется (при Александрѣ I и Александрѣ II), то съуживается (при Николаѣ I и Александрѣ III).

Современное положеніе вопроса о гражданской правоспособности евреевъ въ Россіи представляется въ высшей степени запутаннымъ вслѣдствіе массы частныхъ постановленій, объединенныхъ лишь общимъ принципомъ враждебности къ этой части русскихъ гражданъ. Гражданская правоспособность находится въ самой тѣсной связи съ свободой избранія мѣста жительства. Законъ указываетъ мѣста, въ которыхъ евреи могутъ жить и за предѣлы которыхъ (за черту осѣдлости) могутъ проникать по исключенію евреи, обладающіе извѣстнымъ образованіемъ, капиталомъ и техническими познаніями. Въ послѣдней категоріи законъ, а еще болѣе Сенатъ, проводитъ различіе между евреями, a) которые имѣютъ право постояннаго пребыванія, какъ купцы, лица, имѣющія ученыя степени и состоящія на государственной службѣ, и b) которые имѣютъ право повсемѣстнаго жительства въ Имперіи, какъ кончившіе курсъ въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, аптекарскіе помощники, дантисты, фельдшера и повивальныя бабки, механики, винокуры, пивовары и вообще мастера и ремесленники, при условіи занятія свойственной ихъ профессіи дѣятельностью (общ. собр. 1910, № 38).

За чертою осѣдлости въ настоящее время евреямъ безусловно

воспрещается пріобрѣтеніе недвижимостей внѣ городскихъ поселеній. Въ губерніяхъ, не входящихъ въ черту еврейской осѣдлости, воспрещается совершеніе отъ имени или въ пользу евреевъ всякаго рода крѣпостныхъ актовъ: 1) служащихъ къ укрѣпленію за ними правъ собственности, владѣнія и пользованія недвижимостями, внѣ городскихъ поселеній расположенными, а также 2) предоставляющихъ имъ возможность выдавать денежныя ссуды подъ обезпеченіе этихъ недвижимостей (по Прод. 1906, т. IX, ст. 780, прим. 3). Въ чертѣ же городскихъ поселеній могутъ пріобрѣтать недвижимость только a) лица, пользующіяся правомъ постояннаго пребыванія (а не правомъ повсемѣстнаго жительства), и b) и то лишь въ городѣ, къ которому они приписаны. Способность имѣть право на городскія недвижимости имѣетъ при этомъ личный характеръ, обусловленный свойствами даннаго лица, а потому не переходитъ на лицъ, которымъ евреи, по общимъ правиламъ, сообщаютъ свои права состоянія, т.-е. на женъ и дѣтей. Напр., еврей докторъ медицины не въ правѣ переукрѣпить свой домъ на имя своего совершеннолѣтняго сына, если тотъ лично не пріобрѣлъ право постояннаго пребыванія (общ. собр. 1885, № 25). Недвижимость, доставшаяся еврею по наслѣдству внѣ того мѣста, гдѣ ему владѣніе таковымъ дозволяется, онъ обязанъ продать въ теченіе 6 мѣсяцевъ (т. IX ст. 785).

Въ чертѣ дозволенной осѣдлости евреи имѣли прежде право пріобрѣтать недвижимости всякаго рода (т. IX ст. 780). Но Высочайше утвержденнымъ 3 мая 1882 г. положеніемъ комитета министровъ постановлено пріостановить, временно, совершеніе купчихъ крѣпостей и закладныхъ на имя евреевъ, а равно и засвидѣтельствованіе на имя евреевъ арендныхъ договоровъ на недвижимости, находящіяся внѣ черты городовъ и мѣстечекъ ихъ осѣдлости, и довѣренностей на управленіе и распоряженіе сими имѣніями. Законъ 11 іюля 1891 г. еще точнѣе ограничилъ право евреевъ съ этой стороны. Такимъ образомъ мы видимъ, что въ дѣйствительности, даже и въ чертѣ осѣдлости, евреямъ преграждена возможность пріобрѣтать собственность, совершать закладныя, арендованіе и управленіе по довѣренности въ отношеніи недвижимостей, находящихся внѣ городовъ и мѣстечекъ. Закономъ 11 августа 1904 года изъ этого правила сдѣлано нѣкоторое исключеніе для евреевъ, окончившихъ курсъ въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, ихъ женъ и дѣтей, купцовъ

первой гильдіи и членовъ ихъ семействъ, ремесленниковъ, дантистовъ, фельдшеровъ и нѣк. др. (т. IX, ст. 779, прим. 3 по Прод. 1906). Разрѣшивъ лицамъ этой категоріи вновь селиться внѣ городовъ и мѣстечекъ, законъ предоставилъ имъ, на время пребыванія ихъ въ такихъ мѣстностяхъ, заключать сдѣлки по найму недвижимостей для ихъ жилья и для производства ими торговли и промысловъ (т. IX, ст. 784 по Прод. 1906, прим. 3). Закономъ 10 мая 1903 года данъ списокъ поселеній въ губерніяхъ черты еврейской осѣдлости, гдѣ, въ изъятіе изъ общихъ правилъ, допускается свободное жительство всѣхъ вообще евреевъ. Въ этихъ поселеніяхъ евреямъ предоставляются тѣ же, какъ въ городахъ и мѣстечкахъ, права по пріобрѣтенію недвижимостей въ предѣлахъ селитебной площади такихъ поселеній, и по управленію или распоряженію ими (по Прод. 1906, ст. 780, прим. 4). Изъ сопоставленія мотивовъ, побудившихъ къ изданію закона 3 мая 1882 года, съ содержащимися въ немъ ограниченіями Сенатъ выводитъ заключеніе, что со стороны закона нѣтъ препятствій къ тому, чтобы евреи могли пріобрѣтать въ чертѣ осѣдлости, внѣ городовъ и мѣстечекъ, недвижимости на основаніи наслѣдованія по закону или по завѣщанію (рѣш. Общ. Собр. 1 и кас. деп. 1889, № 14).

Хотя въ законѣ повсюду говорится о евреяхъ, а не о лицахъ іудейскаго исповѣданія, слѣдовательно принимается, повидимому, въ соображеніе племенное (т. IX, ст. 762), а не вѣроисповѣдное начало, однако, практика толкуетъ эти постановленія въ томъ смыслѣ, что переходъ еврея въ христіанское исповѣданіе устраняетъ всѣ падавшія на его правоспособность ограниченія. Въ оправданіе такого толкованія приводятъ ст. 776 т. IX, въ которой говорится, что евреи, принявшіе христіанскую вѣру, могутъ поступать во всякое податное состояніе и приписываться по желанію ихъ къ городскимъ и сельскимъ обществамъ на основаніи установленныхъ правилъ. Этотъ взглядъ встрѣчаетъ поддержку и въ литературѣ. Такъ, Гольмстенъ полагаетъ, что «разъ еврей принялъ христіанство, онъ уже не еврей». Но вѣрность такой точки зрѣнія вытекаетъ изъ представленія, будто національность опредѣляется однимъ религіознымъ признакомъ. Помимо сомнѣнія, возбуждаемаго при переходѣ еврея въ другое, нехристіанское вѣроисповѣданіе, въ магометанство, слѣдуетъ признать, что указанная статья касается только публичной стороны установленныхъ огра-

ниченій, но не расширяетъ гражданской правоспособности. Статья эта, какъ предшествующая закону 3 мая 1882 года, и не могла предусмотрѣть цѣли и содержанія позднѣйшихъ ограниченій. Наконецъ, основанія и мотивы всего русскаго законодательства о евреяхъ, несомнѣнно, имѣли въ виду вредныя племенныя черты евреевъ, но не вѣроисповѣданіе, съ точки зрѣнія котораго ограниченіе въ правѣ пріобрѣтенія недвижимостей не имѣло бы никакого смысла. Это дѣлается еще болѣе очевиднымъ изъ того, что установленныя для евреевъ ограниченія не распространяются на Караимовъ, которые пользуются всѣми правами, предоставленными русскимъ подданнымъ (т. XI, изд. 1896, ст. 1261).

III. Вѣроисповѣданіе. Сравнительно немного ограниченій дѣеспособности содержитъ русское законодательство по началу религіозному. Различіе (но не ограниченіе) правоспособности обнаруживается прежде всего въ брачномъ правѣ, потому что она опредѣляется каноническими постановленіями каждаго вѣроисповѣданія. Такъ, православный не можетъ вступить въ четвертый бракъ, тогда какъ для католика или лютеранина подобнаго ограниченія не существуетъ; православный имѣетъ право въ случаѣ прелюбодѣянія супруга просить о расторженіи брака, тогда какъ католикъ лишенъ этого права. Но помимо этихъ каноническихъ различій, въ свѣтскомъ законодательствѣ существуютъ ограниченія по чисто религіознымъ соображеніямъ.

Всѣ вообще нехристіане хотя и не устраняются отъ полученія въ наслѣдство по закону или по завѣщанію святыхъ иконъ, но не иначе, какъ съ непремѣнною обязанностью передать ихъ, со всѣми наложенными на нихъ украшеніями, въ 6-мѣсячный срокъ со дня принятія наслѣдства въ руки христіанъ соотвѣтствующаго вѣроисповѣданія или въ церковь; при неисполненіи этого иконы немедленно отбираются и обращаются въ консисторію, для надлежащаго, по усмотрѣнію духовнаго начальства, распоряженія (т. X ч. 1 ст. 1188). Дѣйствіе закона 1891 и 1902 гг. объ узаконеніи дѣтей черезъ послѣдующій бракъ ограничивается христіанскимъ населеніемъ (т. X ч. 1 ст. 144[1]). Усыновленіе лицъ христіанскаго вѣроисповѣданія нехристіанами и сихъ послѣднихъ лицами христіанскаго вѣроисповѣданія воспрещается, равно какъ воспрещается старообрядцамъ и сектантамъ усыновлять православныхъ (т. X ч. 1 ст. 148). Не дозволено лицамъ нехристіанскихъ вѣроисповѣда-

ній пріобрѣтать недвижимости въ Туркестанскомъ краѣ (т. II, пол. объ упр. Туркест. краемъ, ст. 262), а также въ степныхъ областяхъ (т. II, пол. объ упр. обл. ст. 136). Мастерамъ-*евреямъ* дозволяется держать учениковъ изъ христіанъ въ томъ только случаѣ, если они имѣютъ хотя одного подмастерья изъ христіанъ и если получатъ на то разрѣшеніе ремесленной управы (т. XI ч. 2 уст. пром., ст. 390, прим.). Это ограниченіе, какъ основанное на вѣроисповѣдномъ началѣ, падаетъ съ принятіемъ мастеромъ-евреемъ христіанства. Въ прежнее время существовали еще постановленія, стѣснявшія свободу договора личнаго найма между лицами іудейскаго исповѣданія и христіанами изъ опасенія вреднаго вліянія первыхъ на религіозное чувство вторыхъ, находящихся въ матеріальной зависимости отъ своихъ хозяевъ. Но Высочайшимъ повелѣніемъ 28 апр. 1887 года эти постановленія отмѣнены и замѣнены воспрещеніемъ евреямъ, нанимающимъ христіанъ для постоянной домашней услуги или иныхъ работъ, препятствовать нанятымъ въ чествованіи праздниковъ и исполненіи религіозныхъ обязанностей. Закономъ 12 февраля 1896 года это предупрежденіе отнесено ко всѣмъ вообще нехристіанамъ (уст. пред. прест., ст. 88, по Прод. 1906).

IV. Сословность. Подъ сословіемъ понимается разрядъ лицъ, наслѣдственно пользующихся извѣстными правами или несущихъ извѣстныя повинности. Государство, населеніе котораго раздѣляется на такіе классы, называется сословнымъ. Русское государство продолжаетъ держаться сословнаго начала, хотя въ дѣйствительности въ настоящее время спеціальныхъ правъ, которыя бы переходили преемственно отъ поколѣнія къ поколѣнію, весьма мало.

Древняя Русь не знала сословій, хотя общество того времени дѣлилось на классы: бояре, градскіе люди, смерды, но съ различіемъ только фактическимъ (исключеніе составляетъ различіе наслѣдованія послѣ бояръ и смердовъ—Рус. Пр. §§ 103 и 104, Карамз. спис.). Въ московскій періодъ все населеніе дѣлится на разряды, изъ которыхъ каждый несетъ соотвѣтствующую обязанность, личную или имущественную; эти разряды—служилые и тяглые люди. Только въ XVIII столѣтіи, особенно во второй его половинѣ, прежнія обязанности постепенно переходятъ въ потомственныя привилегіи. При Екатеринѣ II образуются въ Россіи сословія въ полномъ значеніи этого слова. Со стороны гражданскихъ правъ главная приви-

легія дворянскаго сословія заключалась въ спеціальномъ правѣ владѣть недвижимыми имѣніями, къ которымъ были приписаны крѣпостные люди (населенными землями); зато дворяне ограничены были въ правѣ вести торговлю. Духовенство пользовалось наслѣдственнымъ правомъ отправленія обязанностей священно- и церковно-служителей. Городское или мѣщанское сословіе (средній родъ людей) пользовалось спеціальнымъ правомъ производства ремеслъ и торговли; зато оно было ограничено въ правѣ владѣнія недвижимыми имѣніями и крѣпостными людьми, за исключеніемъ владѣльцевъ фабрикъ и заводовъ. Крестьянское сословіе было наслѣдственно лишено почти всякой правоспособности. Реформы императора Александра II въ корнѣ потрясли весь сословный строй, и оставшіяся въ законодательствѣ постановленія о сословныхъ правахъ представляютъ лишь разрозненные остатки стараго порядка. Шагъ за шагомъ, съ разрушеніемъ стараго помѣщичьяго строя, сословное начало уступаетъ классовому началу, которое теперь въ Россіи, какъ давно уже на Западѣ, пріобрѣтаетъ рѣшающее значеніе.

Въ настоящее время по закону различаются четыре сословія: a) дворянство, b) духовенство, c) городскіе обыватели и d) сельскіе обыватели (т. IX ст. 2), каждое съ иными, болѣе мелкими, подраздѣленіями. Въ дѣйствительности духовенство со времени закона 1869 г. не можетъ уже считаться сословіемъ, а только званіемъ. Купечество является только занятіемъ, потому что оно доступно каждому, и притомъ состояніе въ немъ связано со взятіемъ купеческаго свидѣтельства за установленную плату. Законъ 1898 года о государственномъ промысловомъ налогѣ нанесъ купечеству, какъ сословію, довольно чувствительный ударъ, отдѣливъ сословныя права отъ обложенія торговаго промысла. Личное дворянство, какъ не удовлетворяющее требованію наслѣдственности, находится также внѣ понятія о сословіи. Если съ точки зрѣнія государственнаго права современныя юридическія различія по сословіямъ представляются маловажными, то со стороны гражданской правоспособности они сводятся къ самымъ незначительнымъ видоизмѣненіямъ. Главнымъ образомъ различіе состоитъ въ неодинаковости порядка учрежденія опеки, усыновленія, признанія расточителемъ, душевнобольнымъ, что нисколько не вліяетъ на самый объемъ право—и дѣеспособности. Только потомственные дворяне имѣютъ право учреждать заповѣдныя имѣнія (т. IX

ст. 86), лица духовнаго званія всѣхъ вѣроисповѣданій не могутъ обязываться векселями (уст. векс. ст. 2), священнослужителямъ православнаго вѣроисповѣданія воспрещено выбирать промысловыя свидѣтельства (т. IX ст. 399), заниматься производствомъ горнаго и нефтяного промысловъ (т. VII ст. 264 и 547), запрещается также принимать на себя лично подряды и поставки и ручаться за другихъ (т. IX ст. 431 п. 1), быть повѣренными (уст. гр. суд. ст. 45 п. 3 и ст. 246 п. 4). Въ западныхъ губерніяхъ римскокатолическому духовенству не дозволяется имѣть въ домахъ, церквахъ и монастыряхъ для служенія лицъ православнаго вѣроисповѣданія (т. XIV, уст. пред. прест., ст. 78). Что касается крестьянъ или сельскихъ обывателей, то ихъ правоспособность, въ области гражданско-правовыхъ отношеній, подверглась нѣкоторому уравненію по указу 5 октября 1906, изданному въ порядкѣ ст. 87 и до сихъ поръ не получившему законодательной санкціи. Особенности крестьянскаго состоянія все же сохранились: главнымъ образомъ онѣ выражаются въ томъ, что только крестьяне соучаствуютъ въ общинномъ землевладѣніи, только крестьяне, по общему правилу, въ правѣ пріобрѣтать надѣльную землю.

§ 13.

Юридическое лицо, какъ субъектъ права.

Литература: Суворовъ, *Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву*, 2 изд. 1900; Гервагенъ, *Развитіе ученія о юридическомъ лицѣ*, 1888; Дювернуа, *Чтенія по гражданскому праву*, т. I, стр. 372—547; Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, т. I, стр. 62—75; Пергаментъ, *Къ вопросу о правоспособности юридическаго лица*, 1909; Ельяшевичъ, *Юридическое лицо, его происхожденіе и функціи въ римскомъ частномъ правѣ*, 1910, стр. 1—24, 447—456.

I. Цѣль юридическаго лица. Юридическое отношеніе предполагаетъ двухъ субъектовъ, активнаго и пассивнаго, какъ представителей права и обязанности. Поэтому невозможно отношеніе, въ которомъ существовала бы одна обязанность безъ соотвѣтствующаго права. Немыслимо и такое отношеніе, въ которомъ право осталось бы безъ активнаго субъекта. Право, какъ явленіе соціальное, предполагаетъ людей въ качествѣ субъектовъ отношенія. Дѣйствительно, въ юридическихъ отношеніяхъ мы обыкновенно видимъ человѣка, имѣющаго право,

и человѣка, несущаго обязанность. Но послѣдовательное проведеніе этого положенія могло бы отразиться невыгодно на интересахъ общества и составляющихъ его единицъ. Возьмемъ случай, когда наслѣдодатель въ завѣщаніи опредѣлитъ извѣстный капиталъ на учрежденіе богадѣльни. Если бы субъектами права могли быть только люди, то завѣщатель долженъ былъ бы поручить этотъ капиталъ какому-либо пріятелю своему, который бы создалъ завѣщанное учрежденіе и отъ своего имени велъ бы его, вступалъ бы во всѣ необходимыя сдѣлки, а при смерти завѣщалъ бы капиталъ снова другому лицу, которое продолжало бы это дѣло отъ своего имени. Но при такихъ условіяхъ нѣтъ особенной гарантіи, что завѣщанный капиталъ дѣйствительно получитъ данное ему назначеніе въ лицѣ перваго или послѣдующихъ распорядителей, что имущество это, слившись съ прочимъ имуществомъ того или другого распорядителя, не подвергнется взысканію по частнымъ его долгамъ. Всѣ эти неудобства могли бы быть устранены, если бы завѣщанное имущество было пріурочено къ особому субъекту, отъ имени котораго совершались бы всѣ необходимыя сдѣлки. Или возьмемъ случай акціонернаго соединенія. Множество лицъ складываютъ небольшіе взносы въ значительный капиталъ съ цѣлью совмѣстнаго достиженія общей экономической цѣли. Чтобы достигнуть намѣченной цѣли, акціонеры должны были бы вручить весь капиталъ одному или нѣсколькимъ лицамъ, которыя отъ своего имени совершали бы всѣ необходимыя сдѣлки. Капиталъ акціонеровъ слился бы съ частнымъ имуществомъ управителей и могъ бы подвергнуться взысканію со стороны ихъ частныхъ кредиторовъ. Кто при такой опасности рѣшился бы сдѣлать взносъ?

Выходъ изъ затрудненія находится въ томъ, чтобы имущество, обособляемое экономически для достиженія извѣстной общей цѣли, обособить также юридически. Имущество, какъ совокупность юридическихъ отношеній, получаетъ своего отдѣльнаго субъекта, рѣзко обособленнаго отъ тѣхъ лицъ, которыя заинтересованы въ немъ. Такой субъектъ права называется юридическимъ лицомъ. Созданіемъ такого лица не только спасается стройность юридическихъ построеній, но и облегчается достиженіе насущныхъ жизненныхъ потребностей, настаивающихъ рѣшительно на обособленіи.

За такимъ субъектомъ права въ настоящее время общепризнанъ терминъ «юридическое лицо», принятый германскимъ

законодательствомъ и несомнѣнно указывающій, что своимъ существованіемъ этотъ субъектъ обязанъ праву. Въ романскихъ законодательствахъ, подъ вліяніемъ французской литературы, принятъ терминъ «моральное лицо»—personne morale, потому что съ этимъ выраженіемъ соединяется представленіе о всемъ, что выходитъ за предѣлы физическаго. Этотъ терминъ попалъ и въ швейцарское гражданское уложеніе, въ его французскомъ текстѣ. Въ англійскомъ правѣ распространенъ терминъ «искусственное лицо»—artificial person. Наше законодательство прибѣгаетъ для означенія того же понятія къ совершенно несоотвѣтствующему выраженію «сословіе лицъ» (т. X ч. 1 ст. 698 п. 10), и оттого терминъ этотъ въ практикѣ не употребителенъ. Въ нашей практикѣ, судебной и административной, общепринято выраженіе «юридическое лицо». Что наше законодательство считаетъ такое созданіе лицомъ въ смыслѣ субъекта права, видно изъ названія главы I разд. III кн. II т. X ч. 1,—о лицахъ, могущихъ пріобрѣтать права на имущества.

II. Природа юридическаго лица. Вопросъ о томъ, что̀ же представляетъ собою юридическое лицо, которое становится въ юридическихъ отношеніяхъ рядомъ съ физическимъ лицомъ, давно возбуждаетъ вниманіе ученыхъ и вызвалъ на свѣтъ рядъ теорій.

Теорія фикціи разсматриваетъ юридическія лица, какъ вымышленныя созданія закона, вызванныя потребностью юридической техники. Ея исходный пунктъ—тотъ, что право установлено въ интересѣ потребностей людей, и что потому носителемъ правъ и обязанностей можетъ быть только человѣкъ. Поэтому, чтобы признать субъектомъ права не человѣка, необходимо разсматривать это нѣчто какъ человѣка. Общества и установленія выступаютъ передъ правомъ въ качествѣ вымышленныхъ людей. Этотъ взглядъ на юридическое лицо, выдвинутый еще въ средніе вѣка папою Инокентіемъ IV, въ наше время поддерживался авторитетомъ такихъ романистовъ, какъ Савиньи и Виндшейдъ. Теорія фикціи до послѣдняго времени была почти единственной принятой во Франціи.

Противъ теоріи фикціи выступили въ Германіи германисты, сначала Безелеръ, потомъ особенно энергично Гирке, и увлекли за собою даже нѣкоторыхъ романистовъ, какъ Регельбергера. Съ ихъ точки зрѣнія юридическое лицо вовсе не воображаемый, а дѣйствительный, реально существующій субъектъ, оно такой же реальный субъектъ, какъ и физическое лицо, а не только

уподобляемый. Нѣкоторые послѣдователи этой теоріи, какъ, напр., Лассонъ, заходятъ такъ далеко, что признаютъ за юридическими лицами совершенно такое же реальное существованіе, какъ и за физическими. Этотъ взглядъ опирается, чаще всего безсознательно, на соціологическое представленіе объ обществѣ, какъ организмѣ. Индивидъ и общество равно одарены сознаніемъ и волею, а потому они и юридически должны быть уравнены. Но органическая теорія въ соціологіи совершенно потеряла кредитъ. Съ другой стороны, разсматриваемая теорія смѣшиваетъ наши представленія съ реальностями, ихъ вызывающими. Зданіе, больные, врачи, кровати и т. п.—вполнѣ реальны, но больница, покупающая лекарства и съѣстные припасы, нанимающая сестеръ милосердія, повара и др.—это только наше представленіе.

Если юридическое лицо есть только фикція, а фикція не въ состояніи замѣнить истинное познаніе, то не лучше ли, оставивъ фикцію, отбросить и самое юридическое лицо? На этотъ путь стали Бринцъ и Беккеръ. По мнѣнію Бринца, юридическія лица—это просто огородныя чучела, которыя такъ же мало заслуживаютъ упоминанія въ правовѣдѣніи, какъ чучела въ естествознаніи. Приходится признать, что имущество не всегда принадлежитъ субъекту, а слѣдовательно могутъ быть и безсубъектныя права. Имущество можетъ принадлежать не только кому-нибудь, но и чему-нибудь, а именно цѣли, для которой оно предназначается (Zweckvermögen). Очевидно, однако, что въ этой теоріи цѣлевого имущества смѣшивается вопросъ о принадлежности имущества (юридическая сторона) съ вопросомъ о назначеніи имущества (экономическая сторона). Выдѣленіе изъ имущества лица значительной части для организаціи промышленнаго предпріятія строится на самостоятельности экономической цѣли, но не создаетъ еще юридическаго лица. Теорія безсубъектнаго имущества, переворачивающая совершенно установившееся понятіе о субъективномъ правѣ, вызываетъ вопросъ, чьи же интересы будетъ охранять государство противъ посягательствъ на имущество, такъ какъ съ точки зрѣнія одной только цѣли Иванъ способенъ осуществлять ее не хуже Петра. Между тѣмъ Беккеръ идетъ такъ далеко, что допускаетъ предоставленіе правъ псу или лошади и не видитъ основаній, почему бы судъ не принялъ иска отъ имени дога Тираса или англійской кобылы Белоны.

Отрицаніе юридическаго лица встрѣчаемъ и у Іеринга. За-

мѣчательно, что исходная точка его близка къ точкѣ теоріи фикціи. «Всякое гражданское право имѣетъ своею задачею обезпечить человѣку какой-нибудь интересъ. Истинный носитель права, дестинатарій,—всегда человѣкъ». Имущество юридическаго лица служитъ физическимъ лицамъ, его составляющимъ, все равно—настоящимъ или будущимъ. Интересы имѣются только у нихъ, а не у юридическаго лица, а потому они, и только они, должны считаться носителями правъ. Если у юридическаго лица нѣтъ самостоятельныхъ интересовъ, то не можетъ быть и правъ, потому что право есть юридически защищенный интересъ. Ставъ на точку зрѣнія Іеринга, слѣдовало бы признать, что право принадлежитъ не больницѣ, а больнымъ, не ночлежному дому, а его временнымъ посѣтителямъ. Но между лицомъ, имѣющимъ право на имущество, и лицомъ, пользующимся имъ, возможно несоотвѣтствіе, которое не только не допускаетъ смѣшенія ихъ, но еще рѣзче подчеркиваетъ самостоятельность идеи субъекта права. Если къ ночлежному дому предъявленъ искъ, то отвѣтчикомъ никто не признаетъ его завсегдатаевъ.

Въ сущности близко къ Іерингу подходитъ французскій юристъ Пляніоль, который полагаетъ, что весь вопросъ долженъ быть перенесенъ въ другую плоскость. Дѣло идетъ не о двухъ видахъ лицъ, физическомъ и юридическомъ, а о двухъ видахъ собственности, индивидуальной и коллективной. Выраженіе юридическое лицо скрываетъ за собой ничто иное, какъ отличіе коллективной собственности отъ индивидуальной. Допустимъ, что Пляніоль правъ; но гдѣ же проходитъ граница между различною коллективною собственностью, находящеюся въ предѣлахъ одного и того же государства? Не придется ли вернуться къ субъекту, чтобы отдѣлить имущество города отъ имущества акціонернаго товарищества?

Если Іерингъ носителями права призналъ тѣхъ, кто пользуется выгодами, то Гёльдеръ и Биндеръ готовы признать субъектами права тѣхъ, кто распоряжается въ корпораціяхъ и учрежденіяхъ. Каждый изъ нихъ исходитъ изъ противоположныхъ основаній: для Гёльдера субъектомъ права можетъ быть только реальный человѣкъ, для Биндера всякій субъектъ права есть только юридическое отношеніе. Но оба они сходятся въ конечныхъ выводахъ. Субъектомъ права слѣдуетъ признавать не того, чьи интересы охраняются правомъ, а того, кто самостоятельно распоряжается правомъ. Поэтому субъектъ права

не малолѣтній или сумасшедшій, а опекунъ, не акціонерное общество, а его правленіе, не больница, а завѣдующій ею врачъ и т. д., такъ какъ ихъ воля опредѣляетъ юридическое положеніе имущества. Представители юридическихъ лицъ дѣйствуютъ въ данномъ случаѣ какъ должностныя лица и распоряжаются ввѣреннымъ имъ по должности имуществомъ (Amtsvermögen) въ интересѣ другихъ. Эта теорія стоитъ въ полномъ противорѣчіи съ законодательствами, которыя прямо признаютъ субъектами права юридическія лица, и оставляетъ открытымъ вопросъ, чье же имущество находится въ должностномъ завѣдываніи правленія или опекуна.

Основная ошибка теоріи фикціи заключается въ томъ, что она предположила, будто человѣкъ становится субъектомъ права въ силу своей человѣческой природы: субъектъ права, потому что человѣкъ, или: человѣкъ, а слѣдовательно субъектъ права. Исторія дала намъ, кажется, достаточно доказательствъ противоположнаго; рабъ—человѣкъ, однако, не субъектъ правъ. Можетъ быть, даже исторически юридическія лица, какъ субъекты, предшествуютъ физическимъ лицамъ, насколько коллективное обладаніе предшествуетъ индивидуальному. Въ дѣйствительности всякій субъектъ есть созданіе объективнаго права. Субъекты—это тѣ центры, около которыхъ волею закона объединяются юридическія отношенія, образуя обособленные комплексы. Здѣсь мы обнаруживаемъ основную ошибку теоріи германистовъ, которые во что бы то ни стало искали въ юридическомъ лицѣ такой же реальности, какъ и въ физическомъ, тогда какъ всякій субъектъ права есть только наше представленіе, все равно, идетъ ли рѣчь о юридическомъ или о физическомъ лицѣ. Недаромъ для обозначенія субъекта права употребляется римскій терминъ persona, означающій маску.

Юридическое представленіе о субъектѣ вызывается потребностями юридической техники, которыя, въ свою очередь, обусловливаются необходимостью разграниченія интересовъ. Съ этой точки зрѣнія слѣдуетъ признать совершенно неосновательными нападки на пользованіе со стороны науки права фикціями. Конечно, фикція не соотвѣтствуетъ дѣйствительности и не способна ее объяснить, но это есть научный пріемъ, помогающій осуществить жизненную задачу разграниченія интересовъ. Такія фикціи приняты въ другихъ наукахъ, и при ихъ помощи достигнуты положительные результаты. Таковы тѣ мысленно представляемыя линіи (меридіаны), которыми поль-

зуется географія, таковы тѣ точки, линіи и круги, которые лежатъ въ основѣ математики и которые нигдѣ въ дѣйствительности не встрѣчаются. Нѣтъ основанія и правовѣдѣнію избѣгать этого вполнѣ научнаго пріема; не слѣдуетъ только обращаться къ фикціямъ тамъ, гдѣ въ нихъ нѣтъ необходимости. Нельзя не признать справедливости замѣчанія Арндса, что смертоносные удары, направляемые противъ юридическихъ лицъ, на самомъ дѣлѣ бьютъ по воздуху, такъ какъ они не устраняютъ того реальнаго явленія, что въ жизни существуютъ права и обязанности, не связанныя съ какимъ-либо физическимъ лицомъ и пріуроченныя къ воображаемой юридической точкѣ.

На основаніи всего сказаннаго мы можемъ опредѣлить *юридическое лицо, какъ все то, что, не будучи физическимъ лицомъ, признается со стороны объективнаго права способнымъ, въ виду опредѣленной цѣли, быть субъектомъ права.*

III. Виды юридическихъ лицъ. Въ т. X ч. 1 ст. 698 наше законодательство примѣрно перечисляетъ нѣкоторые виды юридическихъ лицъ, но въ дѣйствительности ихъ несравненно больше, съ ними приходится имѣть дѣло на каждомъ шагу, и указанія на нихъ разсѣяны по всему Своду Законовъ.

A. Юридическія лица могутъ быть прежде всего раздѣлены на публичныя и частныя.

1. *Публичныя* юридическія лица возникаютъ помимо воли частныхъ лицъ. Они создаются или исторически или въ законодательномъ порядкѣ.

a. На первомъ мѣстѣ среди юридическихъ лицъ публичнаго характера стоитъ казна, т.-е. само государство съ хозяйственной его стороны (т. X ч. 1 ст. 406, прим., ст. 698, п. 3). Это одинъ субъектъ, несмотря на то, что эта хозяйственная дѣятельность осуществляется разными органами. Вотъ почему споры между разными вѣдомствами разрѣшаются не въ судебномъ порядкѣ, а въ административномъ (уст. граж. суд. ст. 1297). Однако, иски предъявляются не непосредственно къ казнѣ или отъ имени казны, а къ мѣстнымъ управленіямъ, или отъ имени различныхъ вѣдомствъ, съ которыми у частныхъ лицъ установилось спорное юридическое отношеніе (уст. гражд. суд. ст. 1284).

b. Отъ казны отдѣляются, какъ самостоятельные субъекты, тѣ вѣдомства и учрежденія, которыя, хотя и причисляются къ казенному управленію, но обладаютъ обособленнымъ имуществомъ. Сюда относятся: удѣльное вѣдомство (т. X ч. 1 ст.

411, т. I ч. 1, изд. 1906, ст. 164, уст. гражд. суд. ст. 1298); ученыя и учебныя заведенія (т. X ч. 1 ст. 698, п. 8), какъ, напр., университеты (т. XI ч. 1 изд. 1893, ст. 543); епархіальныя начальства, монастыри и церкви (т. X ч. 1 ст. 698, п. 5, т. IX ст. 435, 439, 443).

с. Отъ казны отдѣляются, какъ самостоятельные субъекты, органы мѣстнаго самоуправленія: земство, губернское и уѣздное (т. II пол. зем. учр. ст. 4, т. X ч. 1, ст. 414, п. 4, уст. гражд. суд. ст. 1282, прим.); городское общество (т. II, гор. пол. ст. 7, т. X. ч. 1 ст. 414, п. 2); дворянское общество (т. X ч. 1 ст. 414, п. 1, ст. 698, п. 4); биржевое общество (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 657); мѣщанское общество (т. IX ст. 579); сельское общество (т. IX ст. 684, т. X ч. 1 ст. 414, п. 3, ст. 698, п. 4); волостное общество (кас. рѣш. 1909, № 84).

2. *Частныя* юридическія лица устанавливаются по волѣ частныхъ лицъ, выраженной въ юридической сдѣлкѣ, въ договорѣ, въ завѣщаніи, въ актѣ даренія (касс. рѣш. 1895, № 6). Воля частныхъ лицъ можетъ быть направлена на цѣли экономическія или же на цѣли общественныя, и имѣть въ виду благотворительность, народное просвѣщеніе, народное здравіе и т. п. Это могутъ быть товарищества, музыкальные и сценическіе кружки, клубы, ученыя и художественныя общества.

В. Съ другой точки зрѣнія юридическія лица могутъ быть раздѣлены на соединенія лицъ и на учрежденія. Это то дѣленіе, которое положено въ основу германскаго и швейцарскаго законодательства, и которое чуждо французскому и англійскому праву, не знающимъ учрежденія, какъ особаго вида юридическихъ лицъ. Съ англійской точки зрѣнія Лондонскій университетъ, какъ субъектъ правъ и обязанностей, представляетъ собою не учрежденіе, а корпорацію, состоящую изъ канцлера, преподавателей (fellaws) и лицъ удостоенныхъ въ этомъ университетѣ ученой степени.

1. Юридическое лицо представляетъ собою *соединеніе лицъ*, корпорацію, какъ говорятъ англичане, когда оно состоитъ изъ нѣкотораго числа людей, соединяющихся для достиженія общей цѣли и самостоятельно управляющихъ общими дѣлами. Физическія лица образуютъ въ соединеніи особый субъектъ права, отличный отъ нихъ: они только члены соединенія. Относительно этого вида юридическихъ лицъ вполнѣ примѣнимо замѣчаніе, что понятіе юридическаго лица играетъ какъ бы роль ско-

бокъ, въ которыхъ заключены однородные интересы извѣстнаго числа лицъ для болѣе упрощеннаго опредѣленія отношеній этой коллективной личности къ другимъ. Соединенія лицъ, имѣющія частный характеръ, могутъ быть, въ свою очередь, подраздѣлены на общества и товарищества.

a. Обществомъ признается соединеніе нѣсколькихъ лицъ, которыя, не имѣя задачею полученіе для себя прибыли отъ веденія какого-либо предпріятія, избрали предметомъ своей совокупной дѣятельности опредѣленную цѣль (т. XIV, по Прод. Св. Зак. 1906, уст. пред. прест. ст. 118[1], прил. ст. 1). Юридическую личность общества пріобрѣтаютъ путемъ регистраціи, возложенной на губернское или городское по дѣламъ объ обществахъ присутствіе (ст. 20). Съ этого момента общество получаетъ право пріобрѣтать и отчуждать недвижимости, образовывать капиталы, заключать договоры, вступать въ обязательства, а равно искать и отвѣчать въ судѣ.

b. Товариществомъ признается соединеніе нѣсколькихъ лицъ, которыя ставятъ задачею своей совмѣстной дѣятельности извлеченіе для себя прибыли отъ какого-нибудь хозяйственнаго предпріятія, Таковы товарищества полное, на вѣрѣ (т. X, ч. 1, ст. 698, п. 10), акціонерное, биржевыя (т. XI, ч. 2, уст. торг. ст. 82,, прим., по Прод. 1906, прил. ст. 10) и трудовыя артели (т. X, ч. 1, по Прод. 1906 г., ст. 2198[12]).

2. Юридическое лицо представляетъ собою *учрежденіе* въ тѣхъ случаяхъ, когда часть имущества предназначается для достиженія извѣстной цѣли, съ полнымъ юридическимъ обособленіемъ. Создается особый субъектъ имущества, которому и будутъ принадлежать средства, назначенныя для опредѣленной цѣли и выдѣленныя для этой цѣли изъ имущества различныхъ лицъ. Такое выдѣленіе можетъ состояться на основаніи договора нѣсколькихъ лицъ, по дарственному или завѣщательному акту одного лица. Такимъ путемъ учреждаются музеи, больницы, ночлежные дома, школы, столовыя. Учрежденіе служитъ интересамъ многихъ лицъ, но эти лица не члены его и не субъекты правъ, составляющихъ имущество учрежденія. Терминъ «учрежденіе», извѣстный въ германскомъ правѣ подъ именемъ Stiftung, во французской литературѣ подъ именемъ fondation, извѣстенъ русскому законодательству въ смыслѣ юридическаго лица, хотя онъ иногда примѣняется и къ соединенію лицъ (город. пол., ст. 24).

IV. Возникновеніе юридическихъ лицъ. При разсмотрѣніи вопроса о томъ, какимъ образомъ создается юриди-

ческая личность, необходимо различать соединенія лицъ и учрежденія.

А. Соединенія лицъ могутъ возникать по одной изъ слѣдующихъ трехъ системъ.

1. Система самозарожденія пріурочиваетъ возникновеніе юридическаго лица къ моменту соглашенія нѣсколькихъ лицъ. Система эта очень проста и чрезвычайно облегчаетъ появленіе союзовъ. Но она страдаетъ существеннымъ юридическимъ недостаткомъ: она оставляетъ третьихъ лицъ въ неизвѣстности по вопросу, сорганизовалось ли соединеніе, придало ли оно себѣ юридическую личность и имѣются ли въ наличности всѣ необходимыя для того условія. Эта система принята новымъ швейцарскимъ уложеніемъ для ассоціацій, не преслѣдующихъ хозяйственной цѣли въ формѣ торговаго предпріятія (§ 60 и § 61, п. 2). Русскому законодательству эта система неизвѣстна.

2. Система концессіонная состоитъ въ томъ, что возникновеніе юридическаго лица обусловливается спеціальнымъ разрѣшеніемъ органовъ власти. Эта система крайне стѣсняетъ образованіе соединеній. Концессіонная система лежитъ въ основѣ англійскаго права, которое издавна держится принципа: no corporation exists without the King's consent. Въ дѣйствительной жизни этотъ принципъ смягчается. Система концессіи въ русскомъ законодательствѣ выражена явно для акціонерныхъ товариществъ (т. X, ч. 1, ст. 2153), скрытно дѣйствіе ея гораздо шире.

3. Система явочная или нормативная ставитъ возникновеніе юридическаго лица въ зависимость отъ заявленія объ образовавшемся соединеніи и зарегистрированіи его. Эта система, не затрудняющая возникновенія соединеній, въ то же время вноситъ полную опредѣленность въ юридическія отношенія. Простою справкою въ регистрѣ всякій можетъ убѣдиться въ организованности соединенія, съ которымъ желалъ бы имѣть дѣло. Регистрація ведется во Франціи при префектурѣ, въ Германіи при судѣ мировомъ—Amstgericht. По русскому законодательству явочная система установлена для товариществъ полнаго и на вѣрѣ (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 59), которые получаютъ «торговое и гражданское знаменованіе» лишь по внесеніи выписки изъ учредительнаго договора въ купеческую или городскую управу. Что касается обществъ, то хотя законъ4 марта 1906 года и провозглашаетъ, что общества могутъ быть образуемы безъ испрошенія на то разрѣшенія правительственной

власти (ст. 2), но юридическую личность пріобрѣтаютъ только общества зарегистрованныя (ст. 20). Регистрація ведется при губернскомъ или городскомъ по дѣламъ объ обществахъ присутствіи. Проектъ устава, нотаріально засвидѣтельствованный въ отношеніи правоспособности и подлинности подписи участниковъ, представляется губернатору или градоначальнику (ст. 22). Присутствіе, обязанное разсмотрѣть проектъ въ теченіе мѣсяца, разрѣшаетъ регистрацію или отказываетъ въ ней (ст. 23), въ чемъ и обнаруживается концессіонный, а не явочный порядокъ (ср. ст. 17). Изъ регистра выдаются, въ случаѣ надобности (!), правительственнымъ и частнымъ лицамъ справки, по ихъ о томъ заявленіямъ и просьбамъ (ст. 26).

B. Учрежденія могутъ возникать при наличности нѣкоторыхъ условій.

a. Прежде всего необходимо отдѣленіе матеріальныхъ средствъ для осуществленія предположенной цѣли. Эти средства могутъ образоваться путемъ немедленныхъ взносовъ или обособленія части наслѣдства. Однако, одно созданіе капитала не есть еще возникновеніе юридическаго общества напр., собираются или назначаются деньги для взноса платы за бѣднѣйшихъ студентовъ.

b. Созданіе средствъ предполагаетъ учредительный актъ, въ которомъ выражается воля тѣхъ, кто предполагаетъ создать юридическое лицо, какъ субъекта обособленнаго имущества. Это можетъ быть договоръ, дарственный актъ, завѣщаніе. Возможность завѣщательныхъ распоряженій, которыми часть имущества оставляется еще не существующему, только предполагаемому лицу, представляетъ спорный вопросъ, разсмотрѣніе котораго должно быть отнесено къ наслѣдственному праву.

c. Третье условіе для возникновенія учрежденія,—это разрѣшеніе государственной власти. Оно дается или въ законодательномъ порядкѣ, напр., учрежденіе университета, или въ административномъ, съ разрѣшенія губернатора или министра внутреннихъ дѣлъ (т. X ч. 1 ст. 981), напр., учрежденіе стипендіи. До правительственнаго разрѣшенія юридическаго лица нѣтъ, а потому пожертвованіе, основанное на договорѣ нѣсколькихъ лицъ или на дарѣ одного лица, можетъ быть еще взято назадъ.

V. Право и дѣеспособность юридическаго лица. Какъ субъектъ права, юридическое лицо должно обладать правоспособностью. Здѣсь открывается рядъ спорныхъ вопросовъ, касающихся объема этой правоспособности.

1. Прежде всего возбуждается вопросъ, представляется ли правоспособность юридическаго лица неограниченной, т.-е. можетъ ли юридическое лицо вступать во всѣ юридическія отношенія, какъ и физическое лицо, насколько тому не противорѣчатъ прямыя постановленія закона и отсутствіе физическихъ свойствъ,—или же эта правоспособность должна быть признана спеціальной, т.-е. юридическое лицо можетъ вступать лишь въ тѣ юридическія отношенія, которыя соотвѣтствуютъ цѣли его возникновенія.

Въ пользу перваго воззрѣнія можно выдвинуть то соображеніе, что если физическое и юридическое лица являются субъектами, созданными силою закона, то нѣтъ основанія дѣлать различіе между ними въ правоспособности. Понятіе о правоспособности одно, пока не доказано въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ противное. Принципъ неограниченности имѣетъ защитниковъ особенно во Франціи, но также и въ Германіи. Онъ признанъ въ новомъ швейцарскомъ кодексѣ, который постановляетъ, что юридическія лица могутъ пріобрѣтать всѣ права и вступать во всѣ обязательства, за исключеніемъ тѣхъ, которыя неразрывно связаны съ естественными свойствами человѣка, какъ полъ, возрастъ или родство (§ 53).

Въ пользу второго взгляда можно сказать, что хотя оба субъекта—продуктъ объективнаго права, но задачи творчества разныя. Живому человѣку нужна широкая правоспособность, потому что своей единичной волей онъ можетъ ставить себѣ различныя цѣли и переходить отъ одной къ другой. Юридическое же лицо создается волею нѣсколькихъ лицъ, поставившихъ себѣ опредѣленную цѣль. Въ соединеніи лицъ меньшинство можетъ быть увлечено большинствомъ далеко за предѣлы цѣли, въ виду которой они предоставили въ общее распоряженіе свои средства. Въ учрежденіи воля учредителя, быть можетъ, уже умершаго, была бы нарушена, если бы правоспособность допускала пренебреженіе цѣлью, въ виду которой состоялось пожертвованіе. Большинство ученыхъ въ германской наукѣ держится принципа спеціальности (Гирке, Регельсбергеръ, Дернбургъ).

Обращаясь къ русскому праву, мы встрѣчаемъ, при всей незначительности законодательнаго матеріала, указанія именно на принципъ спеціальности. Такъ, относительно акціонернаго товарищества высказано, что «компанія, которой правила единожды утверждены правительствомъ, не можетъ простирать

дѣйствій своихъ далѣе предназначенныхъ ей предѣловъ» (т. X ч. 1, ст. 2153); въ правилахъ 4 марта 1906 года указано, что «общество можетъ пользоваться правами, указанными въ его уставѣ» (ст. 23). Наша практика стала также на сторону принцина спеціальности: «юридическому лицу не могутъ принадлежать всѣ тѣ права, которыя принадлежатъ лицамъ физическимъ, а только такія, которыя ему необходимы для достиженія его спеціальной цѣли существованія» (кас. рѣш. 1880, № 246, 1882 № 42). Въ отношеніи акціонерныхъ обществъ Сенатъ высказалъ, что для признанія той или другой сдѣлки дозволенной обществу, нѣтъ надобности, чтобы она была прямо поименована въ уставѣ, но, однако, необходимо, чтобы сдѣлка, не противорѣча общимъ законамъ, вытекала изъ цѣлей, для достиженія которой учреждено общество (кас. рѣш. 1908, № 105, 1909, № 106). Если правоспособность юридическаго лица ограничивается предѣлами той цѣли, для которой оно возникло, то всякая юридическая сдѣлка, выходящая за эти предѣлы, должна быть признана недѣйствительной. На этомъ основаніи признано, что банкъ въ правѣ производить залогъ и перезалогъ цѣнныхъ бумагъ, хотя бы это и не было спеціально указано въ его уставѣ, такъ какъ подобная операція соотвѣтствуетъ банковому предпріятію; и, наоборотъ, отвергнуто было право страхового общества принять въ залогъ домъ своего агента въ обезпеченіе счета его по производству перечисленій взыскиваемыхъ премій, такъ какъ такая сдѣлка выходитъ за предѣлы цѣлей страхового предпріятія. Примѣняясь къ этой точкѣ зрѣнія, мы должны сказать, что городская дума въ правѣ и должна не признать расхода, произведеннаго управою на проводы отъѣзжающаго начальника губерніи; недѣйствительно было бы отчисленіе Варшавскимъ университетомъ изъ спеціальныхъ средствъ нѣкоторой суммы на памятникъ въ Вильнѣ Муравьеву; коммерческій банкъ не въ правѣ часть дохода назначать на содержаніе ночлежнаго дома.

2. Другой вопросъ заключается въ томъ, имѣетъ ли правоспособность юридическаго лица чисто имущественный характеръ, ограничивается ли она только имущественными правами и обязательствами? Не можетъ быть, конечно, сомнѣнія, что юридическому лицу чужды тѣ права, которыя связаны съ физическою природою человѣка, такъ, напр., оно не въ состояніи узаконить или усыновить (дочь полка!). Напрасно только Мейеръ на этомъ основаніи отрицалъ у насъ возможность для юриди-

ческихъ лицъ наслѣдовать, полагая, что наслѣдованіе по закону основывается на родствѣ, а родство — понятіе, непримѣнимое къ юридическому лицу. Но наслѣдованіе по закону со стороны юридическихъ лицъ признано нашимъ законодательствомъ, напр., выморочныя имущества, оставшіяся послѣ потомственныхъ дворянъ, переходятъ къ тѣмъ дворянскимъ обществамъ, къ составу которыхъ умершій принадлежалъ (т. X ч. 1, ст. 1172). Однако, когда говорятъ, что правоспособность юридическаго лица не ограничивается имущественною сферою, то имѣютъ въ виду рядъ правъ чисто личнаго характера. При этомъ указываютъ личныя права по принятію и исключенію членовъ, право на имя и фирму, на печать, права, связанныя съ опредѣленнымъ мѣстопребываніемъ, право быть повѣреннымъ, душеприказчикомъ, защита чести и т. п. Во всемъ этомъ спискѣ нѣтъ истинно личныхъ гражданскихъ правъ, нѣкоторыя изъ нихъ переводятся на имущественную почву (право на фирму), иныя неохранимы въ гражданскомъ правѣ, напр., право города на гербъ. Въ дѣйствительности правоспособность юридическихъ лицъ всегда имѣетъ исключительно имущественный характеръ, хотя бы оно преслѣдовало и не матеріальныя цѣли, напр., ученое общество, музыкальный кружокъ.

3. Третій вопросъ, связанный съ правоспособностью юридическаго лица, заключается въ томъ, ограничивается ли ею представленіе о юридическомъ лицѣ, или же за нимъ слѣдуетъ признать и дѣеспособность? Такъ какъ дѣеспособность тѣсно связана съ волею, а юридическое лицо само по себѣ лишено реальной воли, то, повидимому, за юридическимъ лицомъ нельзя признать дѣеспособности. Однако, законъ, признавая юридическое лицо субъектомъ правъ, предполагаетъ такую его организацію, при которой юридическое лицо могло бы принимать извѣстныя рѣшенія, приводимыя въ исполненіе его представителями. Но принять рѣшеніе, напр., въ общемъ собраніи членовъ, значитъ выразить волю. Правленіе клуба, заключая договоръ о наймѣ помѣщенія, выражаетъ въ сдѣлкѣ не свою волю, а волю юридическаго лица. Порученіе банка купить извѣстное количество цѣнныхъ бумагъ дается ему, а не директорамъ. Въ виду этого, необходимо признать за юридическимъ лицомъ не только правоспособность, но и дѣеспособность.

VI. Представители юридическаго лица. Внутренняя сторона отношеній юридическаго лица опредѣляется или закономъ, если это публичное лицо, или договоромъ, выра-

женнымъ въ уставѣ, если это частное соединеніе лицъ, наконецъ, волею учредителя, выраженною въ завѣщаніи или въ дарственной, если это частное учрежденіе.

Для сношеній на внѣшней сторонѣ, для того, чтобы третьи лица могли вступать въ сдѣлки съ юридическими лицами, необходимы представители, которые бы замѣнили собою ту неопредѣленную, измѣнчивую массу лицъ, какая встрѣчается въ соединеніи, ту, наоборотъ, неподвижность, какую представляетъ учрежденіе. Черезъ представителей юридическое лицо пріобрѣтаетъ права и принимаетъ на себя обязательства. Дѣйствія только представителей обязываютъ юридическое лицо.

Представители выполняютъ свою задачу или въ предѣлахъ указаній закона (публичное юридическое лицо) или же въ предѣлахъ даннаго имъ полномочія (частное юридическое лицо), которое, однако, не можетъ выходить изъ границъ цѣли, для которой существуетъ юридическое лицо. Въ этихъ предѣлахъ юридическое лицо несетъ отвѣтственность за дѣйствія его органовъ. Юридическое лицо всегда отвѣчаетъ за сдѣлки представителей, совершонныя ими въ качествѣ таковыхъ, пока онѣ соотвѣтствуютъ закону или полномочію. Юридическое лицо, какъ фиктивное, не можетъ нести уголовной отвѣтственности, которая падаетъ только на самого виновника, хотя въ послѣднее время такіе видные юристы, какъ, напр., Листъ или Салейль, высказываются за уголовную отвѣтственность юридическаго лица. Поэтому уголовное наказаніе можетъ падать только на представителей, виновныхъ въ противозаконномъ дѣйствіи. Но возмѣщеніе имущественнаго ущерба, причиненнаго такими преступными дѣйствіями представителей, можетъ быть возложено на юридическое лицо, если только совершонное преступное дѣйствіе соединено съ интересами юридическаго лица (напр., неосторожная эксплоатація желѣзныхъ дорогъ), а не составляетъ личнаго, частнаго дѣла представителя (убійство, выдача подложныхъ векселей).

VII. Прекращеніе юридическаго лица. Причины прекращенія юридическаго лица или общи всѣмъ видамъ или свойственны только нѣкоторымъ. Юридическое лицо прекращается: a) за истеченіемъ того срока, на который оно было учреждено, b) вслѣдствіе достиженія той цѣли, для которой возникло, c) оно можетъ быть прекращено силою закона, напр., предположимъ отмѣну дворянскихъ или мѣщанскихъ обществъ, или же административною властью, если найдено будетъ вред-

нымъ направленіе его дѣятельности, напр., закрытіе клуба, кружка (т. XIV, Прод. 1906, уст. пред. прест., ст. 11^{1}, прил. ст. 34). Къ причинамъ, которыя свойственны отдѣльнымъ юридическимъ лицамъ, относятся: d) для личныхъ соединеній—исчезновеніе личнаго состава, вслѣдствіе смерти или выхода, e) уничтоженіе имущественнаго состава для частныхъ учрежденій, напр., истощеніе клубнаго фонда; сюда же относятся несостоятельность юридическихъ лицъ. f) Для личныхъ соединеній имѣетъ силу соглашеніе членовъ о прекращеніи, напр., по постановленію собранія акціонеровъ.

Съ прекращеніемъ юридическаго лица связывается вопросъ о судьбѣ его имущества. Здѣсь можетъ быть два рѣшенія: или имущество раздѣляется между наличными членами или же, за неимѣніемъ кровныхъ наслѣдниковъ у юридическаго лица, оно должно поступить, какъ выморочное имущество, въ казну. Конечно, дѣло идетъ только о частныхъ юридическихъ лицахъ, потому что въ отношеніи публичныхъ первое рѣшеніе не можетъ имѣть примѣненія. Вопросъ о судьбѣ имущества юридическаго лица на случай прекращенія послѣдняго настолько важенъ, что обыкновенно предусматривается въ уставѣ его. При молчаніи устава могутъ быть приняты слѣдующія правила. Раздѣлъ имущества наступаетъ въ личныхъ соединеніяхъ, товариществахъ, кружкахъ и т. п. Переходъ въ казну имѣетъ мѣсто при прекращеніи учрежденій, напр., благотворительныхъ или учебныхъ. Впрочемъ, такое послѣдствіе наступаетъ только тогда, если учредитель или его наслѣдники, за невозможностью достиженія намѣченной цѣли, не просили въ установленномъ порядкѣ объ обращеніи оставшагося имущества на другое назначеніе (т. X ч. 1 ст. 986). Относительно обществъ, возникающихъ на основаніи правилъ 4 марта 1906 г., установлено, что, за молчаніемъ устава, оставшееся по удовлетвореніи кредиторовъ имущество поступаетъ въ вѣдѣніе правительства, для употребленія по назначенію, наиболѣе отвѣчающему цѣли общества. Если же принадлежащее обществу имущество служило для личныхъ удобствъ и выгодъ его членовъ, и оно, по постановленію общаго собранія, не было пожертвовано для какой-либо благотворительной цѣли, то, по закрытіи общества, оставшееся за удовлетвореніемъ его долговъ имущество распредѣляется поровну между всѣми членами, входящими въ составъ общества во время его закрытія (т. XIV, по прод. 1906, уст. пред. прест. ст. 118^{1}, прил. ст. 29). Здѣсь отчетливо передано разграниченіе между учрежденіемъ и соединеніемъ лицъ.

§ 14.

Вещи, какъ объекты права.

Литература: Мейеръ, *Русское гражданское право*, т. I, стр. 101—113; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I, стр. 1—112; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. I, стр. 283—419; Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, т. I стр. 76—96; Брандъ, *О родовыхъ имуществахъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 188, №№ 6 и 7); Башмаковъ, *Институтъ родовыхъ имуществъ предъ судомъ русской юриспруденціи* („Ж. М. Ю.“ 1897, №№ 7 и 8); Змирловъ, *Отмѣна или преобразованіе нашихъ законовъ о родовыхъ имуществахъ* („Ж. М. Ю.“ 1898, № 4); Змирловъ, *Значеніе родовыхъ имуществъ для будущаго гражданскаго уложенія* (Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1889, № 3); Ильяшенко, *Институтъ родовыхъ имуществъ съ точки зрѣнія будущаго гражданскаго уложенія* („Ж. М. Ю.“ 1900, №№ 2, 3 и 4); Савельевъ, *О принадлежностяхъ недвижимыхъ имѣній* („Юрид. Вѣст.“ 1877 года, кн. 11—12.

I. Понятіе объ имуществѣ. Объектомъ права называется все то, что можетъ служить средствомъ осуществленія интереса. Такими средствами могутъ быть: a) *вещи*, т.-е. ограниченныя части матеріальнаго міра, b) *дѣйствія другихъ лицъ*, состоящія въ передачѣ вещи, въ личныхъ услугахъ, въ приложеніи своей рабочей силы. Вещи и чужія дѣйствія составляютъ экономическія блага, и запасъ такихъ благъ, находящихся въ обладаніи извѣстнаго лица, называется имуществомъ съ экономической точки зрѣнія.

Юридическое понятіе объ имуществѣ не совпадаетъ съ указаннымъ экономическимъ. Съ юридической точки зрѣнія подъ *имуществомъ* понимается совокупность подлежащихъ денежной оцѣнкѣ юридическихъ отношеній, въ которыхъ находится извѣстное лицо,—чисто личныя отношенія сюда не входятъ. Слѣдовательно, содержаніе имущества съ юридической точки зрѣнія выражается съ одной стороны въ a) совокупности вещей, принадлежащихъ лицу на правѣ собственности и въ силу иныхъ вещныхъ правъ, и b) въ совокупности правъ на чужія дѣйствія: это именно и есть то дѣленіе имуществъ, которое упоминается нашимъ закономъ подъ именемъ наличнаго и долгового (т. X ч. 1 стт. 416 и 418), а, съ другой стороны, въ a) совокупности вещей, принадлежащихъ другимъ лицамъ, но временно находящихся въ его обладаніи, и b) совокупности обязательствъ, лежащихъ на немъ. Сумма отношеній перваго

рода составляетъ активъ имущества, сумма отношеній второго рода—пассивъ имущества.

Въ то время, какъ одни юристы (Виндшейдъ, Регельбергеръ) считаютъ долговыя отношенія составною частью имущества, въ качествѣ его пассива, другіе понимаютъ имущество, какъ совокупность подлежащихъ денежной оцѣнкѣ правъ (Дернбургъ, Эннекцерусъ, Туръ, Киппъ). Если нѣмецкіе ученые побуждаются къ тому главнымъ образомъ германскимъ уложеніемъ, то взглядъ этотъ нельзя принять, какъ теоретически вѣрный. Совершенно непонятно, какъ возможно понимать двустороннее обязательство принадлежащимъ къ имуществу только одною его стороною. Нельзя считать юридическимъ объясненіемъ, что долги, не составляя части имущества, лежатъ на имуществѣ, какъ связанная съ нимъ повинность (Эннекцерусъ).

Наше законодательство не выдерживаетъ строгой терминологіи и употребляетъ слово имущество вмѣсто вещь, а вмѣсто имущества говоритъ о собственности или объ имѣніи. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ оно держится правильнаго понятія объ имуществѣ. Въ этомъ смыслѣ понимается въ нашемъ законодательствѣ имущество, когда несовершеннолѣтнему предоставляется управленіе его имуществомъ (т. X ч. 1 ст. 220), когда конкурсное управленіе принимаетъ въ свое завѣдываніе имущество несостоятельнаго должника (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 553), когда наслѣдство опредѣляется, какъ совокупность правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго безъ завѣщанія (т. X ч. 1 ст. 1104).

Изъ представленія объ имуществѣ, сейчасъ сдѣланнаго, можно получить слѣдующіе выводы: a) каждое лицо обладаетъ имуществомъ, хотя бы то былъ нищій, обладающій однимъ кускомъ хлѣба, хотя бы то былъ человѣкъ, долги котораго далеко оставляютъ за собою его роскошную обстановку, и b) каждое лицо обладаетъ только однимъ имуществомъ, хотя бы въ составѣ его и находились части, экономически и даже отчасти юридически обособленныя, какъ, напр., торговое предпріятіе.

II. Совокупность вещей. Указанное понятіе объ имуществѣ, какъ совокупности имущественныхъ отношеній, не должно быть смѣшиваемо съ совокупностью вещей, физически не связанныхъ, но объединенныхъ общимъ собирательнымъ именемъ и выступающихъ въ юридическихъ отношеніяхъ, какъ цѣлое, напр., стадо, библіотека, магазинъ, театральный гардеробъ. Хотя въ дѣйствительности существуютъ, какъ вещи,

только отдѣльныя животныя, книги, товары, костюмы, но объектомъ сдѣлокъ является самая совокупность ихъ, поэтому судьба отдѣльныхъ предметовъ не имѣетъ вліянія на юридическія отношенія. Такъ, напр., при залогѣ магазина обезпеченіемъ является цѣлое и въ случаѣ взысканія оно будетъ обращено на магазинъ въ томъ составѣ, какой онъ имѣетъ въ этотъ моментъ. Если бы объектомъ залога была не совокупность, а отдѣльныя вещи, ее составляющія, то изъ магазина не могли бы быть проданы отдѣльные товары, какъ находящіеся подъ залогомъ, напротивъ, залогу не подлежали бы товары, вновь поступившіе въ магазинъ послѣ установленія залога. Такое измѣненіе состава совокупности возможно до тѣхъ поръ, пока не утрачивается самое понятіе о цѣломъ, напр., пока не распродаются всѣ товары безъ покупки новыхъ, когда расхищаются наиболѣе цѣнныя книги въ библіотекѣ. Необходимо, чтобы замѣна однихъ предметовъ другими соотвѣтствовала экономической задачѣ цѣлаго. Совокупность вещей въ указанномъ значеніи выступаетъ въ оборотѣ какъ нѣкоторое единство, обособляемое точкою зрѣнія оборота, напр., при страхованіи лавки, такъ наз. товара въ оборотѣ. Однако, практическое значеніе совокупности вещей, какъ особаго вида объектовъ, ослабляется у насъ порядкомъ принятымъ при исполненіи рѣшеній, по которому при обращеніи взысканій долженъ быть названъ и описанъ «каждый предметъ» (уст. гражд. суд. ст. 980, п. 2), даже когда взысканію подвергаются магазинъ (ст. 985) или библіотека (ст. 983).

III. Вещи движимыя и недвижимыя. Вещи, составляющія объектъ юридическихъ отношеній, представляютъ наибольшее разнообразіе сравнительно съ другими объектами, и потому необходимо остановиться на разсмотрѣніи отдѣльныхъ видовъ вещей. Нѣкоторыя дѣленія, сохранившіяся въ нашемъ законодательствѣ, потеряли свое практическое значеніе, а потому не подлежатъ разсмотрѣнію. Таково, напр., дѣленіе поземельныхъ участковъ на населенные и ненаселенные. Въ прежнее время населенными назывались земли, населенныя крѣпостными людьми. Съ освобожденіемъ крѣпостныхъ (1861) и съ прекращеніемъ временно-обязанныхъ отношеній (1881) всюду, кромѣ нѣкоторыхъ частей Кавказа, это дѣленіе должно бы исчезнуть изъ нашего законодательства, однако, оно продолжаетъ оставаться, смущая нерѣдко практику (по поводу ст. 1350 т. X ч. 1).

Наибольшую важность представляетъ дѣленіе вещей на дви-

жимыя и недвижимыя. Это различіе образовалось исторически, вслѣдствіе преобладающаго въ средніе вѣка значенія земли, отчего и сдѣлки по недвижимостямъ всегда отличались отъ сдѣлокъ по движимостямъ. Но основаніе для различія не только историческое. Земля, вслѣдствіе ея ограниченности, необходимо подвергается въ частномъ обладаніи такимъ ограниченіямъ, которыя чужды движимымъ вещамъ. Землевладѣніе представляетъ большое политическое и финансовое значеніе; съ землею тѣсно связаны вопросы о кредитѣ. Поэтому и въ современномъ правѣ всюду недвижимости выдѣляются изъ ряда другихъ объектовъ. Особенно рѣзко это отличіе въ Англіи, гдѣ real property (право на недвижимость) противополагается personal property (право на движимость).

Законъ нашъ, хотя и устанавливаетъ различіе движимыхъ и недвижимыхъ вещей (т. X ч. 1 ст. 383), но отличительнаго признака не даетъ. Теоретически движимыя и недвижимыя вещи различаются по тому признаку, способны ли онѣ или нѣтъ къ перемѣщенію безъ поврежденія сущности и безъ рѣзкаго уменьшенія цѣнности. Подъ именемъ *недвижимости* понимается прежде всего часть земной поверхности, и все то, что́ съ нею связано настолько прочно, что связь не можетъ быть порвана безъ нарушенія вида и назначенія вещи. Слѣдовательно, сюда относятся строенія, если только ихъ фундаментъ укрѣпленъ въ землю, городскія или деревенскія зданія, дома каменные и деревянные, фабрики, заводы (т. X ч. 1 ст. 384), тогда какъ палатки, переносныя лавки, навѣсы, балаганы и т. п. строенія, лишь поставленныя на землѣ, должны считаться движимыми вещами, хотя законъ и заявляетъ, будто «всякое строеніе» безъ исключенія признается недвижимостью. Самое назначеніе строеній, которое ему даетъ собственникъ— быть въ постоянной связи съ находящейся подъ нимъ землею, не имѣетъ вліянія на признаніе за нимъ движимаго или недвижимаго свойства, такъ, напр., нельзя признать за недвижимость скамейку или бесѣдку, заготовленныя для сада. Строенія, хотя бы они и были прочно укрѣплены на землѣ, переходятъ въ разрядъ движимыхъ вещей, когда сдѣлка направлена на пріобрѣтеніе матеріала, изъ котораго они состоятъ, безъ участка земли, подъ ними находящагося, продажа на сломъ, на сносъ.

Само собою разумѣется, что вопросъ о прочности и связи строенія съ землею не можетъ быть рѣшенъ принципіально

съ полною точностью. Рѣшеніе его зависитъ отъ обстановки каждаго случая въ отдѣльности. Сомнѣніе можетъ представить, напр., крестьянская изба, которая нерѣдко ставится за деревнею, а потомъ переносится по частямъ въ назначенное мѣсто, безъ укрѣпленія фундамента (извѣстно, что крестьяне, не имѣющіе достаточно средствъ, чтобы построить новую избу, покупаютъ старую и перевозятъ ее на новое мѣсто), или, напр., нѣкоторыя купальни, прочно установленныя въ озерѣ на столбахъ, а не на бочкахъ, и не снимаемыя на зиму. Въ XVII вѣкѣ, по Олеарію, въ Москвѣ былъ особый рынокъ, гдѣ продавались деревянные дома, совсѣмъ готовые: ихъ разбирали, перевозили въ назначенное мѣсто и складывали опять. Несомнѣнно, строительная техника, позволяющая свободно перемѣщать многоэтажные дома, способна еще болѣе затруднить и безъ того не особенно твердое отличіе движимости отъ недвижимости. Затрудненіе у насъ возрастаетъ также вслѣдствіе того, что законъ къ разряду недвижимостей отнесъ и желѣзныя дороги (т. X, ч. 1, ст. 384).

Какъ строенія, возвышающіяся надъ поверхностью земли, признаются недвижимостью, точно такъ же и постройки подъ землею, напр., колодцы, шахты, должны считаться недвижимостью. Далѣе, недвижимое свойство пріобрѣтаютъ, по связи съ землею, всѣ произведенія, на поверхности обрѣтающіяся и скрытыя въ нѣдрахъ земли (т. X ч. 1 ст. 387). Признаніе недвижимыми деревьевъ, плодовъ, вообще всякихъ растеній, минераловъ, металловъ и другихъ ископаемыхъ, пока они находятся въ прочной связи съ почвою, обусловливается самою природою этихъ вещей. Пока въ этомъ соединеніи находятся, они не выступаютъ, какъ самостоятельныя вещи, а только какъ части земли, а потому подчиняются положенію цѣлаго. Но если имѣется въ виду выдѣленіе ихъ изъ этой связи съ землею и созданіе изъ нихъ самостоятельныхъ вещей, то свойство недвижимости теряется: такъ, напр., если покупается лѣсной участокъ—это будетъ сдѣлка о недвижимости, но если покупается лѣсъ на срубъ, то эта сдѣлка будетъ имѣть своимъ предметомъ движимыя вещи. Однако, лѣсъ, проданный на срубъ, становится движимостью не въ моментъ совершенія сдѣлки, когда онъ находился еще на корню, былъ прочно связанъ съ землею, но только съ момента вырубки его (кас. рѣш. 1890, № 109). Точно также сдѣлкою о движимости должно признать сдѣлку о поставкѣ песку и камня для мостовой. Недвижи-

мостью не должны считаться строенія, воздвигнутыя на чужой землѣ въ силу какого-либо договорнаго отношенія. Поэтому залогъ или продажа фабрики, построенной на арендованной землѣ, не требуетъ крѣпостной формы (кас. рѣш. 1901, № 6). Поэтому же кредиторъ лица, которому принадлежитъ каменный магазинъ, возведенный на чужой землѣ въ силу договора найма, въ правѣ обратить свое взысканіе на это строеніе, какъ на движимость и требовать продажи его съ публичнаго торга на сносъ (кас. рѣш. 1908, № 68). Такъ рѣшаетъ этотъ вопросъ германское уложеніе (§ 95), и наша практика, послѣ долгихъ колебаній, примкнула къ тому же мнѣнію.

Установленное понятіе о недвижимости само собою, по противоположенію, выясняетъ понятіе о *движимыхъ вещахъ*, какъ о предметахъ внѣшняго міра, способныхъ къ перемѣщенію или сами по себѣ, напр., животныя, или при содѣйствіи посторонней силы, напр., мебель. Законъ старается перечислить ихъ, хотя, понятно, въ виду безконечнаго разнообразія, такая попытка недостижима и притомъ безполезна. Къ разряду движимыхъ вещей относятся морскія и рѣчныя суда всякаго рода, книги, рукописи, картины и вообще всѣ предметы, относящіеся къ наукамъ и искусствамъ, домовые уборы, экипажи, земледѣльческія орудія, всякаго рода инструменты и матеріалы, лошади, скотъ, хлѣбъ, сжатый и молоченый, всякіе припасы, выработанные на заводахъ, наличные руды, металлы и минералы, и все то, что̀ изъ земли извлечено (т. X ч. 1 ст. 401).

Къ движимости законъ присоединяетъ наличные капиталы, заемныя письма, векселя, закладныя и обязательства всякаго рода (т. X ч. 1 ст. 402). Собственно, обязательства, имѣющія своимъ объектомъ чужія дѣйствія, а не вещи, по природѣ своей, не подлежатъ вовсе дѣленію на движимыя и недвижимыя. Неумѣстно ставить вопросъ, будетъ ли договоръ аренды или довѣренности движимостью или недвижимостью. Смыслъ закона тотъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ (главнымъ образомъ при наслѣдованіи) права на чужія дѣйствія подчиняются тѣмъ же правиламъ, которыя установлены для движимостей; законъ приравниваетъ ихъ, по юридическимъ послѣдствіямъ, къ правамъ на движимыя вещи. Всѣ права на чужія дѣйствія, независимо отъ того, имѣютъ ли они какое-либо отношеніе къ недвижимости, будутъ движимостью, напр., права по акціямъ на каменноугольныя копи или права по арендѣ. Приноравливаясь къ выраженію закона, наша практика отнесла къ движимости испол-

нительные листы, въ качествѣ актовъ, удостовѣряющихъ существованіе обязательственнаго отношенія (кас. рѣш. 1880, № 278). Слѣдуя въ томъ же направленіи, необходимо признать движимый характеръ за всѣми исключительными правами, какъ, напр., авторское право.

Самый терминъ «недвижимое имущество» явился въ нашемъ законодательствѣ довольно поздно и замѣнилъ собою прежнія разнообразныя выраженія. Указъ Петра I о единонаслѣдіи 1714 года установилъ этотъ терминъ, сгладившій различіе между вотчинами и помѣстьями.

Практическое значеніе различія между движимыми и недвижимыми вещами обнаруживается во многомъ. Укрѣпленіе правъ на недвижимости совершается въ крѣпостномъ порядкѣ, отъ котораго свободны движимыя вещи. Доля наслѣдственная опредѣляется различно въ отношеніи движимыхъ и недвижимыхъ вещей, оставшихся въ наслѣдствѣ. Иски по недвижимостямъ подсудны только окружнымъ судамъ и при томъ безъ права выбора суда. При полной свободѣ мѣны движимыми вещами, мѣна недвижимостями не допускается. Форма сдѣлокъ различается, смотря по тому, будетъ ли объектомъ недвижимость или движимость, напр., при наймѣ.

IV. Недвижимости родовыя и благопріобрѣтенныя. Индивидуальному обладанію вещами предшествуетъ исторически обладаніе родовое, особенно въ отношеніи земли. Все пріобрѣтаемое членомъ рода принадлежитъ самому роду. Поэтому никто, даже главный распорядитель, которымъ является старшій въ родѣ, не можетъ отчуждать общее достояніе безъ согласія всѣхъ членовъ родового союза. По мѣрѣ того, какъ родовой бытъ замѣняется семейнымъ, семья пріобрѣтаетъ бо́льшую свободу распоряженія ея отдѣльнымъ имѣніемъ, но все еще долго авторитетъ рода тяготѣетъ надъ семьею. Нѣкоторыя недвижимости, какъ луга, лѣса, продолжаютъ оставаться въ общемъ пользованіи, другія, особенно пахатная земля, индивидуализируются, но вліяніе родовыхъ связей сказывается въ томъ, что отчужденіе даже этихъ недвижимостей невозможно безъ согласія родичей. Согласіе рода со временемъ также устраняется, но переходитъ въ право родичей выкупать имѣніе, отчужденное однимъ изъ членовъ рода, если только это имущество не собственнымъ трудомъ нажитое, а доставшееся изъ рода. Особый видъ имуществъ родовыхъ составляетъ общее явленіе, извѣстенъ всѣмъ народамъ. Дѣленіе недвижимостей на родовыя

и благопріобрѣтенныя извѣстно исторіи Франціи, гдѣ различались propres и acquêts, и Германіи, гдѣ Erbgut противополагалось wohlgewonnenes Gut. Въ XIX вѣкѣ исчезли послѣдніе слѣды этого различія.

Въ Россіи, гдѣ институтъ родовыхъ имѣній сохранился донынѣ, какъ своеобразное, но далеко не самобытное, явленіе, корни его держатся въ глубокой старинѣ. Это остатокъ родового быта. Но остатки родового обладанія должны были исчезнуть въ московскій періодъ русской исторіи, за измѣненіемъ соціальныхъ условій, если бы не создались новыя политическія условія, которыя заставили московское правительство поддержать вымирающее учрежденіе для того, чтобы сохранить землю въ рукахъ служилаго класса, обезпеченность котораго являлась условіемъ правильнаго отбыванія государственной повинности. Это утвержденіе индивидуальнаго поземельнаго обладанія на родовой основѣ складывается съ начала XVI и до конца XVII вѣка. Судебникъ 1550 г. (ст. 85) освобождая отъ родового выкупа земли, пріобрѣтенныя покупкою, утверждаетъ право выкупа наслѣдственныхъ вотчинъ въ теченіе 40 лѣтъ со стороны боковыхъ родственниковъ. Въ 1627 году это положеніе распространено было и на выслуженныя вотчины. Новоуказная статья 19 іюня 1679 года воспретила совершенно завѣщаніе и сильно ограничила дареніе родовыхъ вотчинъ. Это стѣсненіе свободы распоряженія родовыми вотчинами шло параллельно съ утвержденіемъ свободы распоряженія купленными вотчинами, что обнаруживается, какъ въ Судебникѣ 1550, такъ и въ Уложеніи 1649. Соотвѣтственно своей идеѣ, институтъ родовыхъ имѣній въ московскій періодъ получилъ сословный характеръ,—это былъ институтъ служилаго сословія. Петръ I, установивъ единонаслѣдіе, придалъ всѣмъ недвижимостямъ характеръ родовыхъ. Съ отмѣною этого закона слѣдовало ожидать исчезновенія самаго понятія о родовомъ имѣніи. Дѣйствительно, въ 1737 году сорокалѣтній срокъ выкупа сводится къ трехлѣтнему, въ 1744 право выкупа признается за дальними родственниками при условіи, если они представятъ письменное согласіе на то со стороны ближайшихъ родственниковъ. Но законодательство Екатерины II поддержало ослабѣвшую въ общественномъ сознаніи идею, установило различіе родовыхъ и благопріобрѣтенныхъ имѣній по признакамъ, не вполнѣ совпадающимъ съ историческимъ основаніемъ его. Въ жалованной дворянской грамотѣ 1785 года

говорится: «благородному свободная власть и воля оставляется, бывъ первымъ пріобрѣтателемъ какого имѣнія, благопріобрѣтаемое имъ имѣніе дарить или завѣщать, или въ приданое, или на прожитокъ отдать, или передать, или продать, кому заблагоразсудитъ; наслѣдственнымъ же имѣніемъ да не распоряжаетъ инако, какъ законами предписано» (ст. 22). То же повторяется въ городовомъ положеніи 1785 г. (ст. 88). Побужденіемъ къ укрѣпленію въ законодательствѣ понятія о родовомъ имѣніи послужило не желаніе поддержать родовыя связи, а стремленіе сохранить въ знатныхъ фамиліяхъ имѣнія, какъ главную опору ихъ общественной силы. Особенно важнымъ представляется то, что институтъ родовыхъ имѣній изъ сословно-дворянскаго, какимъ онъ былъ въ московскій періодъ, въ этотъ моментъ, т.-е. въ XVIII вѣкѣ, принялъ всесословный характеръ. Соотвѣтственно расширилась сфера его примѣненія.

По дѣйствующему законодательству *родовое свойство* можетъ принадлежать только недвижимостямъ: всѣ движимыя вещи и денежные капиталы считаются благопріобрѣтенными и о родовомъ происхожденіи ихъ не можетъ быть и спора на судѣ (т. X ч. 1 ст. 398). Деньги, вырученныя отъ продажи родового имѣнія, не пріобрѣтаютъ свойства родового капитала.

На родовой или благопріобрѣтенный характеръ недвижимости не имѣетъ никакого вліянія личное состояніе субъекта правъ. Родовое свойство придается недвижимостямъ независимо отъ того, кто собственникъ: дворянинъ ли, купецъ, мѣщанинъ или крестьянинъ, если только онъ имѣетъ частную собственность. Въ настоящее время, съ переходомъ крестьянъ, по закону 14 іюля 1910 года, къ личной собственности, институтъ родовыхъ имѣній получитъ широкое приложеніе въ крестьянской средѣ.

Вопросъ о родовомъ свойствѣ можетъ возникать только относительно права собственности на недвижимость, что вытекаетъ изъ общаго смысла постановленій закона и источниковъ, на которыхъ они основаны (кас. рѣш. 1896, № 28). Поэтому фабрика, построенная на арендованной землѣ и перешедшая по законному наслѣдованію, будетъ благопріобрѣтенною у преемника. Закладная, перешедшая по законному наслѣдованію, также лишена родового свойства.

Нашъ законъ, давая въ ст. 399 перечисленіе случаевъ, когда недвижимость становится родовой, а въ ст. 397 перечисленіе случаевъ, когда недвижимость признается благопріобрѣтенной,

возбуждаетъ вопросъ, въ какомъ соотношеніи находятся оба перечисленія. Можно считать, что родовое свойство есть нѣчто исключительное, а потому перечисленіе въ ст. 397 слѣдуетъ разсматривать, какъ примѣрное. Тогда необходимо признать, что недвижимость, не отвѣчающая признакамъ, указаннымъ въ ст. 399, будетъ благопріобрѣтенною, хотя бы она и не подходила подъ признаки, данные въ ст. 397. Возможна и другая точка зрѣнія, принимаемая Сенатомъ (кас. рѣш. 1888, № 74), по которой обѣ статьи имѣютъ самостоятельное значеніе, и въ своемъ казуистическомъ перечисленіи допускаютъ каждая распространительное толкованіе. Тогда случай, не подходящій прямо ни подъ ст. 397, ни подъ ст. 399, долженъ обсуждаться примѣнительно къ каждой статьѣ, по наибольшей близости.

Недвижимости становятся родовыми въ слѣдующихъ случаяхъ: а) когда онѣ пріобрѣтены по законному наслѣдованію, b) когда онѣ пріобрѣтены, хотя и по духовному завѣщанію, но такимъ родственнымъ лицомъ, которое имѣло бы по закону право наслѣдованія (въ моментъ открытія наслѣдства), с) когда онѣ пріобрѣтены по купчимъ крѣпостямъ отъ родственниковъ, къ которымъ дошли по наслѣдству изъ того же рода (т. X ч. 1 ст. 399). Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ имѣть въ виду, что родовой характеръ не составляетъ постояннаго свойства извѣстнаго имѣнія: у одного собственника и при извѣстныхъ условіяхъ оно будетъ родовымъ, а у другого, при измѣнившихся условіяхъ, оно будетъ благопріобрѣтеннымъ. Мало того, то же самое имѣніе, въ рукахъ его собственника, можетъ быть отчасти родовымъ, отчасти благопріобрѣтеннымъ, вслѣдствіе чего юридическое положеніе еще болѣе осложняется. Во всякомъ случаѣ, признакъ родовой кроется въ исторіи перехода данной недвижимости. Разсмотримъ подробнѣе предложенные закономъ признаки.

1. Наслѣдованіе по закону составляетъ главное основаніе, въ силу котораго недвижимость пріобрѣтаетъ родовой характеръ. Безразлично, будетъ ли это наслѣдованіе въ нисходящей линіи или въ боковой. Родовое свойство пріобрѣтаетъ вся недвижимость, хотя бы по размѣру она превышала долю, которая причитается данному лицу по законному наслѣдованію. Напр., братъ или сестра дѣлятъ поровну доставшееся имъ послѣ смерти отца имѣніе: родовою будетъ у сестры вся ея часть, а не $^1/_{14}$ только часть имѣнія. Точно также при отреченіи одного изъ наслѣдниковъ увеличенныя отъ того части остальныхъ бу-

дутъ полностью родовыми. Такъ какъ законное наслѣдованіе, по идеѣ, основывается на кровномъ родствѣ, а мужъ и жена къ одному роду не принадлежатъ, то недвижимость, полученная однимъ изъ супруговъ по смерти другого, въ видѣ указной части, не признается родовой (т. X ч. 1 ст. 397, п. 6). Въ силу того же основанія имѣніе, доставшееся усыновленному по законному наслѣдованію отъ усыновителя, не будетъ у него родовымъ (кас. рѣш. 1897, № 72).

2. Наслѣдованіе по завѣщанію придаетъ родовой характеръ недвижимости только въ томъ случаѣ, когда совпадаетъ съ наслѣдованіемъ по закону, когда и безъ завѣщанія имѣніе перешло бы къ лицу, назначенному по завѣщанію наслѣдникомъ. Недостаточно принадлежать къ числу лицъ, имѣющихъ надежды на наслѣдство, а необходимо, чтобы лицо, назначенное наслѣдникомъ по завѣщанію, принадлежало къ числу наслѣдниковъ, призванныхъ къ наслѣдованію въ моментъ открытія наслѣдства послѣ даннаго собственника. Если благопріобрѣтенное имущество завѣщано наслѣдникамъ не въ тѣхъ доляхъ, какія слѣдовали бы имъ по праву законнаго наслѣдованія, то унаслѣдованная недвижимость становится родовою лишь въ предѣлахъ законныхъ долей (кас. рѣш. 1879, № 3). Напр., отецъ завѣщалъ сыну и дочери свое имѣніе поровну: у сына вся его часть будетъ родовою, у дочери—только одна четырнадцатая ея часть.

Какъ ни близко дареніе къ завѣщанію, однако, нельзя распространять, съ точки зрѣнія нашего закона, послѣдствія наслѣдованія по завѣщанію на дарственную сдѣлку. Поэтому недвижимость, дошедшая по дарственной записи, хотя бы и къ лицу, которое имѣло право законнаго наслѣдованія, не будетъ родовою (кас. рѣш. 1897, № 68). Сомнѣніе возбуждается относительно имѣній, доставшихся по выдѣлу или приданому. Если выдѣляется родовое имѣніе, вопросъ, конечно, не вызываетъ спора. Напротивъ, когда выдѣляется благопріобрѣтенная недвижимость, то возможно разногласіе. Если принять въ соображеніе, что выдѣлъ производится при жизни отчуждателя, что послѣдній въ правѣ назначить для этой цѣли какую угодно долю изъ благопріобрѣтеннаго, то слѣдуетъ за имѣніемъ, доставшимся по отдѣльной записи, отвергнуть характеръ родового (кас. рѣш. 1877, № 168). Если же имѣть въ виду, что выдѣлъ составляетъ предваренное наслѣдованіе, что выдѣлъ можетъ имѣть мѣсто только между родственными ли-

цами, необходимо признать за имѣніемъ, доставшимся по выдѣлу, все равно, было ли оно у выдѣлявшаго лица родовымъ или благопріобрѣтеннымъ, характеръ родового (кас. рѣш. 1888, № 74). Точно также долженъ быть рѣшенъ вопросъ относительно недвижимостей, доставшихся по рядной записи въ видѣ приданаго, если только имѣніе передано родственницѣ, которая имѣла право законнаго наслѣдованія послѣ лица, снабдившаго ее приданымъ. Къ этому выводу приводитъ то соображеніе, что приданое, при означенныхъ условіяхъ, является лишь формою выдѣла.

3. Третій признакъ, присоединяемый закономъ къ двумъ первымъ, основнымъ,—это покупка у родственника имѣнія доставшагося послѣднему изъ того же рода. Такимъ образомъ, для пріобрѣтенія родового свойства по п. 3 ст. 399, т. X ч. 1 требуется: a) чтобы состоялась купля-продажа, b) чтобы продавецъ и покупщикъ принадлежали къ одному роду, c) чтобы проданная недвижимость дошла къ продавцу изъ того же рода по наслѣдованію, хотя бы оно и не было у него родовымъ (напр., продавецъ получилъ имѣніе по завѣщанію отъ дяди, котораго законнымъ наслѣдникомъ онъ не былъ), но за то только по наслѣдованію, а не по купчей, хотя бы оно стало у него родовымъ (напр., продавецъ самъ купилъ имѣніе отъ брата, которому оно досталось отъ матери). За отсутствіемъ перваго условія не сдѣлается родовымъ имѣніе, принадлежавшее ранѣе одному родственнику и перешедшее потомъ къ другому не по купчей, напр., если братъ купитъ съ публичныхъ торговъ имѣніе брата, проданное за долги послѣдняго (кас. рѣш. 1892, № 80). За отсутствіемъ второго условія не сдѣлается родовымъ у покупщика имѣніе, если сдѣлка состоялась между усыновителемъ и усыновленнымъ, хотя бы проданное имѣніе было родовымъ у продавца-усыновителя. За отсутствіемъ третьяго условія не сдѣлается родовымъ имѣніе, купленное отцомъ у сына, которому оно досталось отъ матери (т. X ч. 1 ст. 397, п. 3).

Въ противоположность родовой недвижимости, въ основаніи которой лежитъ представленіе о пріобрѣтеніи по наслѣдованію изъ рода, *благопріобрѣтенная недвижимость* характеризуется независимостью пріобрѣтенія отъ родовой преемственности. Въ видѣ общаго принципа, законъ нашъ благопріобрѣтеннымъ имѣніемъ признаетъ то, которое нажито собственнымъ трудомъ и промысломъ (т. X ч. 1 ст. 397, п. 7). Однако, вопреки этому

положительному моменту, и въ согласіи съ отрицательнымъ моментомъ (не изъ рода) по закону къ благопріобрѣтенному причисляется имѣніе, доставшееся по дарственной, пожалованное. Пріобрѣтеніе по давностному владѣнію, какъ способъ первоначальный, должно бы сдѣлать пріобрѣтенное имѣніе благопріобрѣтеннымъ, независимо отъ того, кто былъ его прежнимъ собственникомъ. Такимъ образомъ, если сынъ провладѣетъ имѣніемъ отца въ теченіе давностнаго срока и потребуетъ при жизни отца укрѣпленія своего права собственности, то такое имѣніе приметъ у него характеръ благопріобрѣтеннаго. Если же онъ, послѣ того, какъ сталъ наслѣдникомъ по закону, провладѣетъ въ теченіе десяти лѣтъ, то укрѣпленное за нимъ на этомъ основаніи имѣніе не обладаетъ свойствомъ благопріобрѣтеннаго (кас. рѣш. 1906, № 38). Представимъ себѣ, что лицо передаетъ въ видѣ вклада въ торговый домъ свою родовую недвижимость, напр., фабрику, а затѣмъ по раздѣльному акту эта фабрика переходитъ къ законному наслѣднику товарища,— она у него будетъ благопріобрѣтенной, потому что пріобрѣтеніе произошло не отъ товарища, сдѣлавшаго вкладъ, а отъ торговаго дома, т.-е. юридическаго лица (кас. рѣш. 1907, № 61).

Практическое значеніе различія недвижимостей родовыхъ и благопріобрѣтенныхъ состоитъ въ томъ, что первыя ограничиваютъ свободу распоряженія собственника, тогда какъ вторыя находятся на полномъ его усмотрѣніи. Ограниченія эти заключаются въ запрещеніи a) дарить и b) завѣщать родовыя имѣнія кому-либо, помимо тѣхъ лицъ, которыя должны наслѣдовать по закону (т. X ч. 1 стт. 967, 1068), что не исключаетъ возможности продавать или закладывать ихъ. Въ случаѣ продажи родового имѣнія родственники прежняго собственника пользуются въ теченіе 3 лѣтъ правомъ выкупа (ст. 1363). По закону 1862 года родовое имѣніе можетъ быть предоставлено однимъ супругомъ въ пожизненное пользованіе другого (т. X ч. 1 ст. 533[1]), чѣмъ производится отсрочка въ осуществленіи правъ со стороны наслѣдниковъ по закону.

Съ точки зрѣнія политики права, институтъ родовыхъ недвижимостей слѣдуетъ признать анахронизмомъ, подлежащимъ исключенію въ будущемъ уложеніи. Въ виду неточности выставляемыхъ закономъ признаковъ, создается не мало судебно-практическихъ затрудненій. Еще важнѣе тѣ житейскія осложненія, какія порождаетъ этотъ институтъ. Прекрасно устроенное имѣніе или фабрика должны быть раздѣлены или же проданы

для удовлетворенія всѣхъ наслѣдниковъ. Наслѣдодатель не можетъ вручить предпріятіе наиболѣе способному вести его, удовлетворивъ прочихъ деньгами. Если нѣкоторые изъ дѣтей пріобрѣли имущественную обезпеченность, напр., замужествомъ, то у родителей возникаетъ естественное желаніе распредѣлить имущество, остающееся послѣ нихъ, примѣнительно къ нуждамъ дѣтей, но родовое свойство имѣнія не даетъ къ тому возможности. Главное возраженіе противъ родовыхъ недвижимостей— это ихъ безцѣльность, потому что цѣль обезпеченія ближайшихъ родственниковъ можетъ быть достигнута только обязательною наслѣдственною долею, а не родовымъ свойствомъ недвижимости. Сохраненіе во что бы то ни стало недвижимостей въ предѣлахъ рода (не семьи) съ современной точки зрѣнія не имѣетъ рѣшительно никакого значенія. Сторонниковъ этого института въ настоящее время очень мало. Они преимущественно упираютъ на то, что институтъ этотъ мало понятъ съ исторической стороны, а потому его порицать не слѣдуетъ «страшно осуждать и разрушать то, что еще не вполнѣ понятно» (Побѣдоносцевъ). Но если институтъ оказывается несоотвѣтствующимъ требованіямъ жизни, то вопросъ о времени и условіяхъ его происхожденія совершенно безразличенъ. Сюда же слѣдуетъ причислить голосъ части дворянства, воображающей, что институтъ родовыхъ имѣній способомъ удержать первенствующее сословіе отъ исторически и экономически неизбѣжнаго распыленія.

V. Заповѣдныя и маіоратныя имѣнія. Интересамъ дворянскаго сословія служитъ институтъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ имѣній, который имѣетъ своею цѣлью поддержать матеріальную обезпеченность дворянскихъ фамилій и предотвратить тѣмъ паденіе ихъ значенія.

1. *Заповѣдныя имѣнія* могутъ быть учреждаемы только потомственными дворянами (т. X ч. 1 ст. 478). Заповѣдный характеръ можетъ быть присвоенъ только недвижимости (т. X ч. 1 ст. 469), однако, законъ даетъ возможность придать заповѣдное свойство и движимостямъ, но только въ связи съ недвижимостью, а именно: драгоцѣнностямъ, произведеніямъ искусства, собранію рѣдкостей, книгъ, вспомогательному капиталу, внесенному въ Государственный Банкъ (т. X ч. 1 стт. 474, 477). Недвижимость, обращаемая въ заповѣдную, должна соотвѣтствовать размѣрамъ, указаннымъ въ законѣ, а именно не менѣе 5.000 и не болѣе 100.000 десятинъ удобной земли, или опре-

дѣленной въ законѣ доходности, а именно, не менѣе 6.000 и не болѣе 200.000 рублей въ годъ (средній доходъ по десятилѣтней сложности). Этотъ минимальный размѣръ показываетъ, что заповѣдныя имѣнія разсчитаны на знатныя фамиліи и имѣютъ своею цѣлью не обезпечить лишь безбѣдное существованіе, но дать возможность вести жизнь, соотвѣтствующую по своей роскоши знатности фамиліи. Учрежденіе заповѣднаго имѣнія нуждается въ Высочайшемъ указѣ (т. X ч. 1 стт. 480—483).

Заповѣдное имѣніе, по своимъ юридическимъ послѣдствіямъ, рѣзко отличается отъ родового. Относительно заповѣднаго имѣнія запрещены не только сдѣлки безмезднаго характера, но всякія сдѣлки, направленныя на его отчужденіе (т. X ч. 1 ст. 485). Заповѣдныя имѣнія не только неотчуждаемы по сдѣлкамъ, но и не подлежатъ судебнымъ взысканіямъ, которыя могутъ быть обращены только на доходы и то лишь при жизни должника (т. X ч. 1 ст. 492). Заповѣдныя имѣнія не подлежатъ дѣйствію давности владѣнія (т. X ч. 1 ст. 564). Въ противоположность родовымъ, заповѣдныя имѣнія переходятъ къ наслѣдникамъ не въ законныхъ доляхъ, а въ полномъ составѣ, безъ раздробленія (т. X ч. 1 ст. 1198).

2. Иная цѣль лежитъ въ основаніи *временно-заповѣдныхъ имѣній*, допущенныхъ закономъ 25 мая 1899 года (т. X ч. 1 ст. 493^{1}—493^{16}). Учреждая этотъ институтъ, законодатель, повидимому, ставилъ себѣ задачею обезпечить среднему дворянству, склонному къ отчужденію своихъ имѣній, достаточное матеріальное существованіе. Дѣло идетъ не объ обезпеченіи блеска, а о предотвращеніи раззоренія. Впрочемъ, это мертворожденный законъ, потому что жизнь почти не знаетъ случаевъ его примѣненія.

3. Въ западныхъ губерніяхъ Всемилостивѣйше жалуются *имѣнія маіоратныя* (т. X ч. 1 стт. 494—512). По существу это тѣ же заповѣдныя имѣнія съ тою только разницею, что эти имѣнія, какъ показываетъ и названіе, всегда переходятъ къ старшему сыну, тогда какъ въ заповѣдныхъ имѣніяхъ наслѣдникъ можетъ быть опредѣленъ учредительнымъ актомъ и иначе.

VI. Вещи раздѣльныя и нераздѣльныя. Законъ устанавливаетъ въ отношеніи недвижимостей различіе вещей раздѣльныхъ и нераздѣльныхъ. Однако, это различіе примѣнимо съ такимъ же успѣхомъ и къ движимымъ вещамъ. Да и самъ законъ не выдерживаетъ своей точки зрѣнія, когда говоритъ о

нераздѣльности аренды. Собственно всѣ вещи, какъ части внѣшняго міра, дѣлимы, потому что дѣлимость есть свойство матеріи. Дѣленію подлежитъ какъ бочка вина, такъ и мраморная статуя. Но рядомъ съ физической точкой зрѣнія становится экономическая, которая опредѣляетъ дѣлимость вещи со стороны назначенія вещи въ оборотѣ. Если вещь, хотя бы и способная къ физическому раздѣленію, перестанетъ выполнять свое назначеніе, — она должна быть признана экономически нераздѣльной. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ дѣленіе равносильно уничтоженію той цѣли, для которой создана вещь, какъ, напр., раздѣленіе рояля или статуи. Если иногда сама природа, физическая и экономическая, противятся дѣленію вещи, то, съ другой стороны, въ это дѣло можетъ вмѣшаться законъ и объявить нераздѣльность тамъ, гдѣ къ дѣленію нѣтъ препятствій ни съ физической, ни съ экономической стороны. Соотвѣтственно тому, недѣлимость можетъ быть естественная и законная.

1. *Естественная недѣлимость* обнаруживается тогда, когда части, на которыя вещь могла бы быть раздѣлена, утрачиваютъ сущность и значеніе цѣлаго. Вещь дѣлима лишь тогда и настолько, когда и насколько части ея являются тѣмъ же, чѣмъ было цѣлое, только въ уменьшенномъ видѣ (т. X ч. 1 ст. 393). Въ каждой отдѣльной части сохраняются качества и экономическое назначеніе цѣлаго. Такъ, бочка вина дѣлима, потому что вино, разлитое въ бутылки, это та же вещь, какъ и вино, бывшее въ бочкѣ; стадо овецъ дѣлимо, потому что нѣсколько маленькихъ стадъ, вмѣсто одного большого, не измѣняютъ существа вещей. Напротивъ, картина, пароходъ, животное не могутъ быть раздѣлены, потому что отдѣльныя части не будутъ уже тѣмъ, чѣмъ было цѣлое.

2. *Законная недѣлимость* устанавливается по соображеніямъ законодателя независимо отъ естественной дѣлимости. Законъ признаетъ нерѣдко недѣлимость тамъ, гдѣ по природѣ своей вещи допускаютъ дѣленіе. По нашему законодательству (т. X ч. 1 стт. 394 и 395, ст. 1396 п. 1; т. IX ч. 2, уст. пром., ст. 82) къ нераздѣльнымъ вещамъ принадлежатъ: а) фабрика, заводъ, лавка (здѣсь законная недѣлимость въ большинствѣ случаевъ совпадаетъ съ естественною). Нераздѣльность присвоена также поссессіоннымъ заводамъ (т. VII, горн. уст., стт. 224 и 227). Законъ (т. X ч. 1 ст. 394, прим.) причисляетъ сюда же дворы (ср. т. X ч. 1 ст. 1324), но тотчасъ уничтожаетъ силу своего постановленія, дозволяя раздѣлять

обширныя мѣста и дворы на части для продажи порознь безъ всякаго стѣсненія ихъ въ томъ относительно мѣры частей (т. XII, уст. строит., ст. 307). Далѣе, къ недѣлимымъ относятся: b) аренды (подъ именемъ аренды понимается въ данномъ случаѣ выдаваемое служащимъ лицамъ періодическое пособіе деньгами), c) золотые пріиски, состоящіе на казенной землѣ, когда они сдаются въ разработку частнымъ лицамъ, d) имѣнія маіоратныя и заповѣдныя, e) участки земли не болѣе 8 десятинъ, отведенные бывшимъ государственнымъ крестьянамъ въ 1803 г., f) участки, отведенные въ 1848 г. малоимущимъ дворянамъ, g) желѣзныя дороги со всѣми ихъ принадлежностями. Въ послѣднемъ случаѣ представляется неяснымъ, какой именно участокъ желѣзныхъ дорогъ недѣлимъ: тотъ только, на которомъ первоначально была проведена линія, или и всѣ другіе, позднѣе присоединенные тѣмъ же собственникомъ? Нераздѣльность обусловливается ли непрерывностью линіи или принадлежностью одному субъекту?

Спорнымъ представляется вопросъ о дѣлимости дома. Законъ нашъ не причисляетъ дома къ нераздѣльнымъ вещамъ. Существуетъ воззрѣніе, распространенное въ практикѣ, въ силу котораго домъ признается недѣлимымъ по существу. Однако, едва ли съ этимъ взглядомъ можно согласиться безусловно. Дѣйствительно, многіе дома являются по природѣ недѣлимыми, потому что, при раздѣлѣ ихъ, отдѣльныя части, лишенныя необходимыхъ принадлежностей, кухни, погреба, сараевъ, дровянниковъ, нерѣдко двора, не будутъ отвѣчать той цѣли, для которой существуетъ домъ. Но это обстоятельство можетъ и не встрѣтиться—обширный домъ можетъ имѣть многочисленныя службы и пристройки, такъ что при раздѣлѣ каждая часть была бы снабжена всѣмъ необходимымъ. Увеличеніе необходимыхъ принадлежностей можетъ быть предпринято намѣренно въ виду предполагаемаго раздѣла. Что мѣшаетъ раздѣлу дома капитальною внутреннею стѣною, когда въ большихъ городахъ многіе дома отдѣляются другъ отъ друга именно такою стѣною? Если къ одному дому можно позднѣе пристроить другой домъ, то почему нельзя построенный одновременно раздѣлить стѣною? Трудно говорить о естественной недѣлимости дома, когда нѣкоторыя западныя законодательства опровергаютъ это предположеніе, допуская дѣленіе домовъ вдоль и поперекъ стѣною и по этажамъ (напр., франц. код. § 664). На домъ нельзя распространять законную недѣлимость фабрикъ и заводовъ, потому

что экономическое назначеніе этихъ зданій, соотвѣтствіе и взаимная зависимость отдѣльныхъ частей создаютъ недѣлимость по существу. Итакъ, слѣдуетъ признать, что по существу домъ долженъ предполагаться вещью раздѣльною, но что предположеніе это можетъ быть опровергнуто доказательствомъ невозможности дѣленія даннаго дома съ сохраненіемъ за частями экономическаго значенія цѣлаго.

Чрезвычайное пониженіе цѣнности суммы частей по сравненію съ цѣнностью цѣлаго способно также привести къ недѣлимости, хотя бы части, съ экономической точки зрѣнія, не переставали отвѣчать той же цѣли, какъ и цѣлое. Это примѣнимо, напр., къ брилліанту.

Практическое значеніе разсматриваемаго дѣленія заключается въ томъ, что вещи, нераздѣльныя по существу или по закону, во всѣхъ юридическихъ отношеніяхъ могутъ быть присвоены одному только субъекту, если не устанавливается общая собственность. Такъ, напр., при продажѣ желѣзныхъ дорогъ вслѣдствіе несостоятельности, онѣ не могутъ быть пріобрѣтены по частямъ нѣсколькими лицами, а только однимъ (т. X ч. 1 ст. 1396). При наслѣдованіи, напр., парохода, если наслѣдники не пожелаютъ остаться въ отношеніи общей собственности, пароходъ предоставляется одному изъ нихъ, тогда какъ другіе удовлетворяются соотвѣтствующею цѣнностью, или же пароходъ продается, и вырученная сумма распредѣляется между всѣми наслѣдниками. Однако, нашъ законъ не выдерживаетъ своего взгляда на значеніе нераздѣльности: предлагая, съ одной стороны, наблюдать, чтобы фабрики, заводы и мануфактуры, при переходѣ ихъ отъ одного собственника къ другому, не раздроблялись (уст. пром. ст. 82), законъ, съ другой стороны, предоставляетъ собственнику продать принадлежащія ему фабрики, заводы и мануфактуры «всѣ въ совокупности или по частямъ» (ст. 84).

VII. Главныя вещи и принадлежности. Понятія эти соотносительны. Подъ главною вещью понимается такая, которая имѣетъ значеніе въ оборотѣ сама по себѣ, независимо отъ другихъ вещей, тогда какъ принадлежностью является вещь, которая только восполняетъ экономическое значеніе главной. Теоретически возможно отличать принадлежности отъ составныхъ частей вещи: если одна вещь не можетъ выполнять свое экономическое значеніе безъ другой, то послѣдняя будетъ составною частью первой, напр., труба на пароходѣ; въ против-

помъ случаѣ мы будемъ имѣть налицо принадлежность, напр., лодка на пароходѣ. Практически, однако, различіе это крайне затруднительно. Куда должны мы отнести, напр., зимнія рамы, пожарныя при домѣ лѣстницы и т. п.?

Нашъ законъ не проводитъ разграниченія между составными частями вещи съ одной стороны, главною и принадлежностною вещами съ другой. Такъ принадлежности домовъ, по словамъ закона, суть части оныхъ, составляющія внутреннюю и наружную отдѣлку, мраморные, краснаго дерева и другого рода полы, мѣдные или чугунные камины (т. X ч. 1 ст. 389). Принадлежностями имѣній законъ признаетъ рѣки, озера, пруды, болота, мельницы, церкви (т. X ч. 1 ст. 387). Принадлежностями фабрикъ и заводовъ служатъ земли и лѣса (т. X ч. 1 ст. 388). Точка зрѣнія нашего закона, съ исторической стороны, вполнѣ ясна. Главною вещью является помѣщичье имѣніе съ землею, предназначенною для пашни,—все остальное только принадлежность. Для фабрики или завода производится перестановка, потому что земля или лѣсъ, къ нимъ приписанныя, могутъ увеличивать полезность промышленнаго заведенія, но остаются посторонними главному дѣлу. Конечно, это представленіе стараго помѣщичьяго времени мало соотвѣтствуетъ современному хозяйственному строю.

Практическое значеніе указаннаго различія сводится къ тому общему правилу, въ силу котораго положеніе принадлежности въ юридическихъ отношеніяхъ опредѣляется положеніемъ главной вещи. Сдѣлка (покупка, залогъ, завѣщаніе, наемъ), имѣющая своимъ объектомъ главную вещь, охватываетъ и ея принадлежности. Тѣмъ ограниченіямъ, которыя установлены для распоряженія родовымъ имѣніемъ, подчиняются также всѣ возведенныя на этой землѣ всякаго рода зданія и постройки (т. X ч. 1 ст. 399 п. 4) и весь хозяйственный инвентарь (кас. рѣш. 1884, № 75). По праву полной собственности на землю собственникъ ея имѣетъ право на всѣ ея принадлежности (т. X ч. 1 ст. 424). Недобросовѣстный владѣлецъ имѣніемъ обязанъ заплатить собственнику за проданные или вывезенные имъ изъ имѣнія принадлежащіе къ имѣнію предметы (т. X ч. 1 ст. 613). Въ опись, составляемую судебнымъ приставомъ при обращаемомъ на имѣніе взысканіи, вносится вся движимость, которая не можетъ быть отдѣлена отъ описываемаго имѣнія или по своему назначенію, или на основаніи законовъ гражданскихъ. Обратнаго правила не существуетъ: судьба принадлежности не

вліяетъ на главную вещь. Принадлежности могутъ составить предметъ отдѣльной сдѣлки, если только собственникъ не стѣсненъ въ распоряженіи главною вещью (какъ, напр., родовымъ имѣніемъ), и въ этомъ случаѣ главная вещь не слѣдуетъ за принадлежностями, а обособляется. Такъ, напр., при продажѣ имѣнія весь его инвентарь (если противное не условлено въ договорѣ) слѣдуетъ къ покупщику, но ничто не мѣшаетъ собственнику благопріобрѣтеннаго имѣнія распродать въ отдѣльности весь хозяйственный инвентарь, оставивъ за собою совершенно раззоренныя землю и усадьбу.

Связь, устанавливающая отношеніе главной вещи и принадлежности, можетъ имѣть различное основаніе. Эта связь можетъ быть органическая, механическая, экономическая, юридическая.

1. *Органическая связь* устанавливается тогда, когда принадлежность, составляя произведеніе естественныхъ силъ главной вещи, продолжаетъ пребывать въ связи съ нею (т. X ч. 1 ст. 387). Сюда относятся, такъ называемыя, естественныя богатства земли, минераллы, металлы, вся растительность земли, деревья, хлѣбъ несобранный, трава нескошенная, ягоды, грибы въ лѣсу, рыба въ озерѣ. Никому не можетъ принадлежать право пользоваться естественными принадлежностями чужой земли безъ разрѣшенія собственника; при отчужденіи земли, лѣса, озера, право на естественныя принадлежности переходитъ къ новому собственнику, если особымъ соглашеніемъ оно не сохранено за послѣднимъ.

2. *Механическая связь* устанавливается вслѣдствіе искусственнаго присоединенія различныхъ вещей къ главной, такъ что разъединеніе невозможно безъ поврежденія. Напр., громоотводъ при домѣ, мачты на пароходѣ, лѣпныя фигуры на зданіи. Такъ, домъ состоитъ изъ кирпичей, бревенъ, рамъ, дверей, лѣстницъ, половъ и т. п., которые въ своемъ соединеніи образуютъ одно цѣлое. Выдѣленіе этихъ вещей изъ главной невозможно безъ поврежденія ея. Поэтому право на главную вещь поглощаетъ собою право на принадлежности и составныя ея части. Напр., при залогѣ дома собственникъ не имѣетъ права снять съ петель двери и продать ихъ особо, какъ движимость. Наиболѣе важнымъ въ практическомъ отношеніи примѣромъ механической связи является постройка зданія на землѣ, потому что нельзя отдѣлить строеніе отъ земли безъ разрушенія перваго. Строеніе, составляя принадлежность земли (т. X

ч. 1 ст. 386), предполагается собственностью того, на чьей землѣ поставлено.

Впрочемъ русскому законодательству не безызвѣстно право собственности на зданія, отдѣльное отъ права собственности на находящуюся подъ ними землю. Такъ, на землѣ, составляющей нижегородскій казенный ярмарочный гостиный дворъ, могутъ быть построены торгующими лавки, на которыя имъ принадлежитъ право собственности. Пріобрѣтатель лавки, внесшій выкупную за лавку сумму сполна, получаетъ на лавку данную и пользуется лавкою, какъ собственникъ ея, сохраняя за собой право лавку продать, заложить или на время уступить. Земля же, которая находится подъ лавками, составляя собственность казны, предоставляется только въ постоянное пользованіе пріобрѣтателя лавки на все то время, пока занимается лавкою (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 665, прил., стт. 52, 53 и 56).

3. *Экономическая связь* чаще всего соединяетъ вещи въ отношеніе главной и принадлежности. Только благодаря своимъ принадлежностямъ пріобрѣтаетъ нерѣдко вещь свое хозяйственное значеніе. Главная вещь часто пріобрѣтается не ради ея самой, а изъ-за совокупности вещей, которыми она обставлена. Этимъ объясняется различіе между цѣнностью устроеннаго имѣнія, снабженнаго хозяйственнымъ инвентаремъ, и раззореннымъ имѣніемъ, представляющимъ одну землю, для эксплоатаціи которой необходимо обставить ее всевозможными принадлежностями. Принадлежностями имѣнія служатъ слѣдующія движимыя вещи: весь хозяйственный инвентарь, т.-е. рогатый и домашній скотъ, необходимый для обработки полей и для добыванія молочныхъ продуктовъ, запасы сѣмянъ, по крайней мѣрѣ, на ближайшій посѣвъ, продовольствіе для скота, сельско-хозяйственныя орудія, машины (кас. рѣш. 1884, № 75). Принадлежности городскихъ домовъ составляютъ: дворъ, садъ, конюшни, сараи и др. надворныя строенія. Поэтому, когда нанимается весь домъ, то въ пользованіе домомъ входитъ и пользованіе садомъ, если противное не установлено соглашеніемъ: наоборотъ, когда нанимается квартира въ домѣ, то пользованіе садомъ не предоставляется нанимателю, если противное не условлено или не вытекаетъ изъ заведеннаго въ домѣ порядка, потому что садъ есть принадлежность цѣлаго, а не части. Экономическая точка зрѣнія имѣетъ часто рѣшающее значеніе: скотъ будетъ принадлежностью имѣнія, если онъ со-

держится въ немъ для работъ сельскихъ или удобренія полей, но не будетъ принадлежностью, если ведется скотоводство, для котораго земля даетъ только прокормъ. Такое экономическое значеніе не можетъ не имѣть вліянія на юридическія отношенія. Въ нашемъ законодательствѣ содержится постановленіе, въ силу котораго движимость, признаваемая принадлежностью недвижимости, не подвергается аресту и продажѣ съ публичнаго торга. Только за неимѣніемъ другого имущества, земледѣльческія орудія, машины, инструменты и всякаго рода снаряды, составляющіе хозяйство имѣнія, подлежатъ продажѣ съ публичнаго торга отдѣльно отъ недвижимаго имѣнія и то лишь въ случаѣ, когда они могутъ быть отдѣлены отъ него безъ разстройства имѣнія (уст. гр. суд. стт. 973 п. 9, 974 и 975). Пріисковое имущество, находящееся какъ на самомъ золотомъ пріискѣ, такъ и въ складахъ его, подлежитъ аресту и продажѣ отдѣльно отъ самаго пріиска въ такомъ только случаѣ, когда оно можетъ быть отдѣлено отъ него безъ разстройства золотопромышленнаго дѣла, или когда самый пріискъ не можетъ быть проданъ (по Прод. 1906, уст. гражд. суд. ст. 975[1]). При отсутствіи противоположнаго соглашенія, право, пріобрѣтенное по сдѣлкѣ на главную вещь, распространяется и на всѣ вещи, находившіяся съ нею въ экономической связи.

4. *Юридическая связь* устанавливается закономъ въ тѣхъ случаяхъ, когда, за отсутствіемъ дѣйствительной связи, законодатель по какимъ-либо соображеніямъ желаетъ связать судьбу однѣхъ вещей съ другими. Такъ, напр., къ принадлежностямъ заповѣдныхъ имѣній относятся: вспомогательный капиталъ, фамильныя бумаги, драгоцѣнности или произведенія искусствъ, собранія рѣдкостей, книгъ и тому подобныя, именно въ актѣ учрежденія таковыхъ имѣній означенныя (т. X. ч. 1 ст. 391). Принадлежностями корабля признаются всѣ корабельные документы (уст. торг. стт. 151 и 152). Нерѣдко, впрочемъ, законодатель беретъ на себя задачу указанія принадлежностей и тогда, когда опасается сомнѣній на практикѣ, а иногда даетъ перечисленіе тамъ, гдѣ принадлежностный характеръ ясенъ самъ по себѣ; эти случаи не подходятъ подъ понятіе юридической связи.

VI. Потребляемыя и непотребляемыя. Для движимыхъ вещей имѣетъ значеніе различіе между потребляемыми и непотребляемыми. Въ сущности всѣ вещи потребляемы въ томъ смыслѣ, что вслѣдствіе употребленія онѣ утрачиваютъ

способность служить той экономической цѣли, для которой были созданы. Однако, однѣ вещи выполняютъ свое установленное въ оборотѣ назначеніе не иначе, какъ при условіи ихъ немедленнаго уничтоженія, тогда какъ другія вещи выполняютъ свое назначеніе безъ этого условія, хотя съ теченіемъ времени и утрачиваютъ свою цѣнность отъ употребленія. На этомъ основано различіе вещей потребляемыхъ и непотребляемыхъ. Подъ вещами потребляемыми понимаются вещи, потребленіе которыхъ невозможно безъ немедленнаго уничтоженія ихъ (съѣстные припасы, керосинъ, каменный уголь). Напротивъ, вещами непотребляемыми будутъ такія вещи, потребленіе которыхъ возможно съ продолжительнымъ сохраненіемъ ихъ экономическаго назначенія (стулья, шуба, книги). Очевидно, что разсматриваемое различіе зависитъ чаще всего отъ естественныхъ свойствъ предметовъ, но нерѣдко и отъ того значенія, какое придается имъ въ оборотѣ. По свойствамъ природнымъ полотняный воротничекъ вещь непотребляемая, а бумажный воротничекъ — потребляемая вещь. По назначенію почтовая марка представляется вещью потребляемою, потому что использованіе ея, какъ средства передвиженія письма, невозможно безъ наклеиванія, съ которымъ соединенъ выходъ марки изъ рукъ ея обладателя. Съ этой же точки зрѣнія, деньги, сдѣланныя изъ металла, который менѣе всего поддается дѣйствію времени, должны быть причислены къ вещамъ потребляемымъ, потому что обладатель ихъ не можетъ воспользоваться ихъ экономическимъ назначеніемъ иначе, какъ потребивъ ихъ путемъ отчужденія. Если закономъ воспрещается продажа игранныхъ картъ, то каждая колода картъ должна считаться, съ точки зрѣнія оборота, вещью потребляемою, такъ какъ послѣ вскрытія ея она выходитъ изъ оборота. Поэтому поданныя въ клубѣ карты продаются игрокамъ, а не отдаются въ наемъ, какъ это совершенно ошибочно предполагается (Собр. указ. и расп. правит. 1897, № 8, ст. 93).

Юридическое значеніе этого различія обнаруживается въ томъ, что тогда какъ предметомъ однѣхъ сдѣлокъ (купли-продажи) могутъ быть и тѣ и другія вещи, предметомъ другихъ сдѣлокъ (найма, ссуды) могутъ быть только вещи непотребляемыя. Это объясняется тѣмъ, что сдѣлки второго рода имѣютъ въ виду возвращеніе вещей, взятыхъ для извѣстнаго употребленія, между тѣмъ какъ возвращеніе потребляемыхъ вещей послѣ ихъ употребленія невозможно. Очевидно, что потребляе-

мость и непотребляемость зависятъ отъ значенія вещей въ оборотѣ, а не отъ воли контрагентовъ.

VII. Замѣнимыя и незамѣнимыя. Движимыя вещи подлежатъ дѣленію на замѣнимыя и незамѣнимыя. Незамѣнимыя вещи—это тѣ, которыя выступаютъ въ оборотѣ съ индивидуальными признаками, какъ предметы отличные отъ цѣлой массы однородныхъ, напр., скаковая лошадь «Воронъ», пароходъ «Суворовъ». Замѣнимыя вещи опредѣляются только общими родовыми признаками, безъ индивидуальныхъ указаній, напр., овцы, овесъ, хлѣбъ, деньги. Въ виду того, что вещи послѣдней категоріи опредѣляются только родовыми признаками, онѣ выступаютъ въ оборотѣ по счету, по вѣсу: столько-то аршинъ сукна, столько-то пудовъ муки. Недвижимости, съ точки зрѣнія нашего закона, выступаютъ всегда въ качествѣ вещей незамѣнимыхъ.

Практическое значеніе указаннаго дѣленія такое же, какъ и предшествующаго: такъ, поставка имѣетъ дѣло съ замѣнимыми вещами, тогда какъ покупка можетъ имѣть объектомъ также вещи незамѣнимыя. Возможно, что по закону или по соглашенію замѣнимымъ вещамъ будетъ придано свойство незамѣнимости, напр., книга для выставки, старыя монеты для коллекціи. Устанавливая, что при поклажѣ денегъ должны быть въ точности обозначены номера кредитныхъ билетовъ, родъ монеты и годъ чеканки (т. X ч. 1 ст. 2111), законъ вещамъ замѣнимымъ, деньгамъ, придаетъ свойство незамѣнимости. Сравнивая два послѣднія дѣленія, слѣдуетъ замѣтить, что потребляемая вещь будетъ всегда замѣнимою, но не всякая замѣнимая вещь будетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и потребляемою, напр., бутылки, мѣшки.

VIII. Тлѣнныя и нетлѣнныя. Наше законодательство устанавливаетъ третье различіе между движимыми вещами, а именно дѣлитъ ихъ на тлѣнныя и нетлѣнныя. Тлѣнными вещами называются тѣ, которыя подвержены скорой и легкой порчѣ, напр., съѣстные припасы, тогда какъ вещи, не поддающіяся быстрому разложенію, будутъ нетлѣнными: золото, серебро, камни, всякая посуда (т. X ч. 1 ст. 405). Законъ не совсѣмъ правильно причисляетъ къ тлѣннымъ вещамъ жемчугъ, мѣховыя и другія платья, во-первыхъ, потому, что они не подлежатъ слишкомъ быстрой порчѣ, а, во-вторыхъ, потому, что самъ законодатель къ нетлѣннымъ причислилъ галантерейныя вещи, которыя по своимъ качествамъ не менѣе поддаются дѣйствію времени, чѣмъ платья.

Практическое значеніе дѣленія вещей на тлѣнныя и нетлѣнныя заключается въ томъ, что отчужденіе тлѣнныхъ вещей допускается даже тогда, когда само имущество, въ составѣ котораго онѣ находятся, подлежатъ только сохраненію. Такъ, напр., продажа вещей, принадлежащихъ къ имуществу опекаемаго, обставлена различными законными условіями въ предупрежденіе ущерба малолѣтняго, но тлѣнныя вещи могутъ быть продаваемы опекуномъ по собственному усмотрѣнію (т. X ч. 1 ст. 277). При объявленіи лица несостоятельнымъ, все имущество его собирается, приводится въ извѣстность, чтобы потомъ по соразмѣрности удовлетворить всѣхъ кредиторовъ, слѣдовательно, объ отчужденіи вещей до учрежденія конкурснаго управленія не можетъ быть и рѣчи, а между тѣмъ законъ дозволяетъ попечителямъ, съ разрѣшенія суда, продать тлѣнныя вещи (уст. судопр. торг. ст. 429). Въ виду особыхъ свойствъ тлѣнныхъ вещей, онѣ не подлежатъ аресту для обезпеченія иска (уст. гражд. суд. ст. 625). При обращеніи взысканія на движимыя вещи, судебный приставъ обязанъ увѣдомить отсутствующаго должника, но когда имущество, на которое налагается арестъ, подвержено скорой порчѣ, то, не ожидая явки должника, вещи эти могутъ быть немедленно проданы (уст. гражд. суд. ст. 971, ср. ст. 1028). При желѣзнодорожномъ передвиженіи отличіе тлѣнныхъ вещей отъ нетлѣнныхъ имѣетъ немаловажное значеніе (уст. жел. дор. ст. 67 п. а, ст. 84). Какъ ни близко разсматриваемое дѣленіе съ дѣленіемъ на потребляемыя и непотребляемыя, однако, совпаденія нѣтъ, такъ, дрова—вещи потребляемыя, но не тлѣнныя. Непотребляемыя вещи будутъ вмѣстѣ съ тѣмъ и нетлѣнными, а изъ потребляемыхъ только нѣкоторыя будутъ тлѣнными.

IX. Вещи внѣ оборота. Весь внѣшній міръ, окружающій человѣка, представляетъ неистощимый запасъ для созданія вещей, которыя, въ виду ихъ потребительной и мѣновой цѣнности, подлежатъ сдѣлкамъ между частными лицами, составляющими въ совокупности гражданскій оборотъ. Однако, нѣкоторыя части внѣшняго міра стоятъ внѣ оборота, по причинамъ естественнымъ, по соображеніямъ государственнымъ или религіознымъ.

1. *По естественнымъ основаніямъ* объектомъ сдѣлокъ не могутъ быть: a) свѣтъ солнечный или лунный; b) воздухъ; c) вода проточная, хотя заключенная въ сосуды она можетъ быть предметомъ поставки, напр., при заказѣ воды для булоч-

ной изъ опредѣленнаго источника, при продажѣ воды водовозами; d) море или воды морскія (т. XII, уст. сельск. хоз. ст. 486). Въ виду послѣдняго было признано, что городъ Ѳеодосія не имѣлъ права отдавать въ аренду рыбныя ловли въ водахъ, прилегающихъ къ берегу (кас. рѣш. 1880, № 36).

2. *По государственнымъ основаніямъ*, нѣкоторыя вещи признаются неспособными сдѣлаться предметомъ правъ со стороны частныхъ лицъ. Это такія вещи, которыя принадлежатъ государству или его частямъ, напр., городу, и находятся, волею закона, въ общемъ пользованіи. Среди вещей, составляющихъ государственное достояніе, слѣдуетъ различать: a) казенныя вещи, принадлежащія въ собственность государству, которое приравниваетъ себя частному лицу,—государственныя имущества, и b) общественныя вещи, хотя и принадлежащія государству, но предоставленныя въ общее пользованіе всѣхъ гражданъ. Относительно вещей перваго рода, государство разсматривается какъ неограниченный собственникъ, подобно частному лицу, и потому въ правѣ исключить другихъ частныхъ лицъ отъ пользованія принадлежащими ему вещами. На правѣ частной собственности государству принадлежатъ лѣса, земли, крѣпости, казармы, тюрьмы, корабли, военныя орудія и многое другое. Вещи второго рода остаются въ общемъ пользованіи, пока не измѣнится въ установленномъ порядкѣ самое назначеніе вещи. Въ общее пользованіе предоставляются, въ виду значительнаго культурнаго ихъ интереса, дороги, рѣки, публичныя зданія, порты.

Въ интересахъ сообщенія, находятся въ общемъ пользованіи большія дороги (т. X, ч. I, ст. 406),—всѣ и каждый пользуются всѣми учрежденными въ государствѣ дорогами свободно, проѣздъ по нимъ никому не можетъ быть воспрещенъ (уст. пут. сообщ. т. XII ст. 523). Онѣ неприкосновенны, не должны быть занимаемы, застраиваемы, запахиваемы и т. п. (уст. пут. сообщ., стт. 882, 889, 890), и владѣльцамъ имѣній, прилегающихъ къ большой дорогѣ, запрещается косить траву, растущую на ней, чтобы дать прогоняемому скоту подножный кормъ (т. X, ч. 1, ст. 435).

Сообщеніе по судоходнымъ рѣкамъ, каналамъ и озерамъ (только не частнымъ) составляетъ общее пользованіе всѣхъ безъ изъятія (т. X, ч. 1, ст. 434), такъ что собственники ближайшихъ участковъ не должны оказывать препятствій сообщенію или обращать ихъ въ предметъ сдѣлки, направленной къ

устраненію или стѣсненію свободы передвиженія по нимъ. Общее пользованіе рѣками ограничивается цѣлями сообщенія: рыбная ловля на рѣкахъ составляетъ право прибрежныхъ собственниковъ (т. XII, уст. сельск. хоз., ст. 490). Для опредѣленія того, какія именно рѣки должны считаться открытыми для общаго пользованія, слѣдуетъ принимать въ соображеніе естественныя свойства, потому что по закону открытіе водныхъ путей для судоходства, сплава или гонки лѣса и дровъ не требуетъ, для своего осуществленія, особаго правительственнаго распоряженія (по Прод. 1906, т. XII, ч. 1, уст. пут. сообщ. ст. 359, прим. 3).

Въ общее пользованіе предоставляются публичныя зданія, которыя законъ противополагаетъ казеннымъ (т. X, ч. 1, ст. 406). Сюда относятся храмы, музеи, библіотеки. Тотъ же общественный характеръ законъ признаетъ за источниками минеральныхъ водъ и цѣлебными грязями, какъ только они будутъ объявлены имѣющими общественное значеніе по Высочайшему указу (т. XIII, уст. врач., стт. 340, 342 и 351).

Подобно государству, и городу принадлежатъ вещи, которыми онъ распоряжается, какъ обыкновенный собственникъ, и вещи, которыя, хотя и принадлежатъ ему, но находятся въ общемъ пользованіи. Принадлежащія городу земли, назначенныя, по городскому плану, подъ площади, улицы, переулки, тротуары, проходы, мосты, каналы, рѣки, пролегающія чрезъ городскія земли, оставаясь городскою собственностью, состоятъ въ общемъ всѣхъ пользованіи (гор. пол., ст. 8), слѣдовательно, эти земли не могутъ быть ни продаваемы, ни отдаваемы въ аренду до измѣненія городского плана (въ дѣйствительности части городскихъ площадей постоянно отдаются въ аренду— подъ балаганы, звѣринцы, цирки).

Въ противоположность указаннымъ сейчасъ вещамъ, которыя не могутъ быть предметомъ сдѣлокъ, потому что онѣ находятся въ общемъ пользованіи, нѣкоторыя вещи изъемлются изъ оборота, потому что по закону онѣ не могутъ быть предметомъ чьей-либо собственности. Запрещается торговать невольниками, вывезенными изъ-за границы (т. X, ч. 1, ст. 1404; слѣдовательно, рабы, съ момента нахожденія ихъ на русской территоріи, перестаютъ быть объектомъ сдѣлокъ). Въ извѣстное время года, когда запрещается охота, дичь не должна быть продаваема (уст. сельск. хоз., ст. 346); однако, законъ не устанавливаетъ недѣйствительности сдѣлки, а только связываетъ ее съ уголовнымъ наказа-

ніемъ. Предметомъ сдѣлокъ не могутъ быть яды, фальшивыя монеты, вредные для здоровья напитки, иностранныя игральныя карты, не дозволенныя къ обращенію цензурою книги, рисунки, ноты (уст. врач. т. XIII, ст. 664, улож. наказ. стт. 562—564, 575, 1020, 1022).

3. *По религіознымъ основаніямъ,* опустѣвшія кладбища, находящіяся среди населенныхъ мѣстъ, должны быть огорожены или обведены рвомъ владѣльцемъ той земли, на которой они были устроены, никакого строенія на этихъ мѣстахъ нельзя возводить, а также запрещено обращать эти мѣста подъ пашню (т. XIII, уст. врач., ст. 712 и 726). Отсюда можно бы заключить, что земля, бывшая подъ кладбищемъ, изъята совершенно изъ обращенія, такъ какъ теряетъ всякую полезность. Но правильнѣе будетъ признать, что кладбищенская земля не можетъ быть предметомъ такихъ только сдѣлокъ, которыя не соотвѣтствуютъ назначенію этого участка, какъ взрываніе или вспахиваніе земли. Но нѣтъ препятствій къ тому, чтобы мѣсто на кладбищѣ было сдано подъ сѣнокосъ (кас. рѣш. 1896, № 90). Вопросъ о томъ, кто является собственникомъ земли, находящейся подъ кладбищемъ,—лица ли, предоставившія на то свою землю, или церковь, возбуждаетъ сомнѣнія (см. кас. рѣш. 1883, № 23, и 1896, № 90). Изъ всѣхъ постановленій нашего законодательства необходимо вывести заключеніе, что къ числу предметовъ, изъятыхъ изъ оборота, относятся мертвыя тѣла, хотя въ жизни продажа труповъ и скелетовъ производится.

Учрежденіе домашнихъ церквей допускается, повидимому, въ виду личныхъ качествъ устроителя, потому что по смерти послѣдняго церковь не переходитъ по наслѣдству безъ новаго разрѣшенія. Если разрѣшеніе не было испрошено или не было дано, то вся движимость домовой церкви обращается въ собственность приходской церкви (уст. дух. конс. ст. 49). Отсюда можно заключить, что домашняя церковь не составляетъ принадлежности того дома, гдѣ находится, и церковная утварь не можетъ быть ни продана, ни заложена, ни завѣщана.

По тѣмъ же соображеніямъ законъ, хотя не исключаетъ вовсе изъ оборота иконъ, но допускаетъ сдѣлки съ ними по особой формѣ и при извѣстныхъ условіяхъ. Иконы не продаются, а только «замѣняются деньгами» (т. X ч. 1 ст. 279), иконы съ неотдѣленными отъ нихъ ризами, окладами и другими украшеніями не могутъ быть обращаемы въ публичную продажу, но

отдаются взыскателю по добровольному соглашенію съ должникомъ, а когда соглашенія не послѣдуетъ или взыскатель будетъ иновѣрецъ, то иконы вмѣстѣ съ окладами отдаются въ ближайшую приходскую церковь, безъ всякаго за то удовлетворенія кредиторовъ. Если же украшенія иконы были сняты съ нихъ, то онѣ могутъ быть обращаемы въ продажу (уст. гражд. судопр. стт. 1043 и 1044). Жалуемые духовнымъ лицамъ панагіи и кресты, драгоцѣнными камнями украшенные, по смерти ихъ отдаются наслѣдникамъ съ тѣмъ, однако же, чтобы священныя изображенія, въ нихъ находящіяся, были вынимаемы и оставляемы для храненія въ ризницѣ того мѣста, къ которому умершій по службѣ принадлежалъ (т. X ч. 1 ст. 1186).

§ 15.

Юридическія сдѣлки.

Литература: Мейеръ, *Русское гражданское право*, стр. 114—169; Гриммъ, *Основы ученія о юридической сдѣлкѣ*, 1900; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. I, стр. 424—578; Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, т. I, ст. 112—150; Дормидонтовъ, *Юридическія фикціи и презумпціи*, 1895; Арсеньевъ, *О значеніи принужденія въ дѣлахъ гражданскихъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1877, № 6); Карницкій, *Объ обманѣ въ договорахъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1880, № 4 и 6); Загоровскій, *Принужденіе, ошибка и обманъ и ихъ вліяніе на юридическую сдѣлку* („Юрид. Вѣстн.“ 1890, № 1); Фонъ-Зелеръ, *Письменныя формы договоровъ въ проектѣ гражданскаго уложенія* („В. Пр.“ 1900, № 1); Карницкій, *Объ обманѣ въ договорахъ*, 1879.

I. Понятіе о сдѣлкѣ. Юридическимъ дѣйствіемъ называется, какъ мы видѣли, выраженіе воли человѣка, влекущее за собою юридическія послѣдствія. *Подъ именемъ юридической сдѣлки понимается такое выраженіе воли, которое непосредственно направлено на опредѣленное юридическое послѣдствіе, т.-е. на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній.* Юридическая сдѣлка иначе называется юридическимъ актомъ. Юридической сдѣлки нѣтъ, пока воля не перешла изъ субъективнаго состоянія въ объективное, т.-е. пока содержаніе ея не воспринято другими лицами, къ которымъ воля обращена. Поэтому не имѣетъ юридическаго значенія твердо созрѣвшее въ душѣ намѣреніе завѣщать свое имущество такому то-лицу. Съ другой стороны, изъявленіе воли, для достиженія юридическихъ послѣдствій, предполагаетъ

соотвѣтствіе содержанія воли съ содержаніемъ объективнаго права. Поэтому, хотя бы намѣреніе завѣщать свое имущество было выказано другимъ лицамъ или воспринято на письмѣ предполагаемымъ наслѣдникомъ,—юридической сдѣлки, называемой завѣщаніемъ, нѣтъ. Нормы права обезпечиваютъ предполагаемыя юридическія послѣдствія: a) если воля частичнаго лица дѣйствительно была выражена, b) если воля направлена была на допустимую закономъ цѣль, c) если воля выразилась въ установленной закономъ формѣ.

Въ юридической сдѣлкѣ воля стремится не только къ фактическому положенію, но и къ юридической обезпеченности этого положенія. Съ этой стороны юридической сдѣлкѣ противополагается правонарушеніе, какъ такое юридическое дѣйствіе, въ которомъ выразилась воля, направленная только на фактическій результатъ, и потому оно влечетъ за собою тѣ юридическія послѣдствія, которыя не составляли цѣли того, кто выразилъ свою волю въ дѣйствіи, хотя они и могли быть имъ предусмотрѣны. Отличаясь отъ правонарушенія, какъ дозволенное дѣйствіе, юридическая сдѣлка не должна быть смѣшиваема съ осуществленіемъ права, которое есть также дозволенная дѣятельность. Различіе между ними заключается въ томъ, что юридическая сдѣлка направлена на измѣненіе юридическихъ отношеній, а осуществленіе права остается въ предѣлахъ существующихъ уже юридическихъ отношеній.

Самый терминъ «сдѣлка» далеко не чуждъ русскому законодательству, такъ, напр., не достигшему 17 лѣтъ запрещается совершать акты и сдѣлки какого-либо рода безъ согласія попечителя (т. X ч. 1 ст. 220; ср. еще ст. 1401, 1540).

a. Такъ какъ сдѣлка составляетъ выраженіе воли того лица, кому приписывается, то совершеніе сдѣлки не можетъ быть приписано тому, у кого *нѣтъ воли*, кто находится подъ вліяніемъ физическаго принужденія, насилія. При насиліи лицо лишается собственной воли, которую пытается насильственно замѣнить воля другого, такъ что первое лицо становится простымъ орудіемъ, средствомъ выраженія воли второго. Вслѣдствіе этого обстоятельства юридическое дѣйствіе, произведенное подъ вліяніемъ насилія, не можетъ считаться выраженіемъ воли того, отъ кого дѣйствіе внѣшнимъ образомъ исходитъ. Такъ, напр., одно лицо насильно выводитъ рукою другого подпись на векселѣ. Въ послѣднее время просторъ для насильственнаго воздѣйствія на чужую волю даетъ гипнотическое внушеніе; подъ

его вліяніемъ можетъ быть, напр., написано завѣщаніе. Во всѣхъ указанныхъ случаяхъ воли у дѣйствующаго лица нѣтъ, а потому произведенныя имъ дѣйствія не могутъ быть ему приписаны.

b. Такъ какъ воля направлена непосредственно на юридическія послѣдствія, то, очевидно, нельзя признать наличность сдѣлки тамъ, гдѣ у дѣйствующаго *нѣтъ сознанія послѣдствій*. Вопросъ о силѣ сдѣлокъ, совершонныхъ лицомъ, которое въ моментъ заключенія сдѣлки находилось въ состояніи умственнаго разстройства, не засвидѣтельствованнаго установленнымъ порядкомъ, или въ состояніи сильнѣйшаго опьянѣнія, которое лишаетъ сознанія поступковъ, сильнаго возбужденія страстей, напр., гнѣва—представляется сомнительнымъ съ точки зрѣнія русскаго законодательства. Въ пользу взгляда, по которому сдѣлки, совершонныя въ подобномъ состояніи, должны быть признаны недѣйствительными, приводятъ слѣдующія соображенія. Законъ требуетъ, чтобы завѣщанія были составляемы въ здравомъ умѣ и твердой памяти (т. X ч. 1 ст. 1016),—отсюда открывается возможность распространить силу этого постановленія и на всѣ иныя сдѣлки. Затѣмъ, по закону всѣ способы пріобрѣтенія правъ тогда только признаются дѣйствительными, когда они утверждаются на непринужденномъ произволѣ и согласіи (т. X ч. 1 ст. 700), а этому противорѣчитъ состояніе умственнаго разстройства, хотя тотъ же законъ стѣсненіе свободнаго произвола и согласія видитъ только въ принужденіи и подлогѣ, т.-е. въ воздѣйствіи постороннихъ лицъ на волю совершающаго сдѣлки, что̀ далеко не совпадаетъ съ состояніемъ умственнаго разстройства. Къ этому взгляду примыкаетъ и наша практика, признающая недѣйствительность всякой сдѣлки, совершонной въ такомъ состояніи,—выдачи векселя, довѣренности, заключенія договора купли-продажи (кас. рѣш. 1879, № 90). Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что вѣрность этого положенія подкрѣпляется скорѣе общими соображеніями теоріи о необходимости сознательной воли, нежели данными русскаго законодательства, въ которомъ твердой опоры для указаннаго вывода найти нельзя. Недѣйствительность сдѣлки, совершонной въ состояніи умственнаго разстройства, должна, конечно, имѣть въ основаніи доказательство такого состоянія въ моментъ совершенія сдѣлки, что представляется далеко не легкимъ.

Юридическія сдѣлки могутъ быть: а) одностороннія, которыя возникаютъ по волѣ одного лица, какъ завладѣніе, оставленіе

вещи, принятіе наслѣдства или отреченіе отъ него, и b) двустороннія, которыя для возникновенія своего требуютъ воли не менѣе двухъ лицъ,—договоръ. Затѣмъ сдѣлки раздѣляются на: a) возмездныя, составляющія значительное большинство въ гражданскомъ оборотѣ и предполагающія обоюдность услугъ—купля-продажа, наемъ, и b) безмездныя, доставляющія выгоду только одной сторонѣ—дареніе, завѣщаніе. Еще сдѣлки могутъ быть различаемы: a) имущественныя, т.-е. имѣющія своимъ содержаніемъ какой-либо непосредственный экономическій интересъ, какъ, напр., купля-продажа, и b) неимущественныя, т.-е. не преслѣдующія такой цѣли, какъ, напр., узаконеніе дѣтей.

II. Составъ юридической сдѣлки. Въ содержаніи юридической сдѣлки, будетъ ли оно просто или сложно, можно логически различить три части, не одинаковыя по своему юридическому значенію.

a. *Необходимыя части*—это тѣ элементы, которые являются характеризующими сдѣлку, какъ типъ. Напр., въ договорѣ найма квартиры цѣна составляетъ необходимую часть сдѣлки, безъ которой сдѣлка перестанетъ быть наймомъ. Поэтому лица, заключающія договоръ найма, не могутъ по взаимному соглашенію устранить такую часть сдѣлки. Такія необходимыя части для каждаго типа сдѣлокъ даются закономъ, а если въ законѣ данная сдѣлка не успѣла еще подвергнуться нормировкѣ, то изъ природы сдѣлки, настолько она выяснилась въ оборотѣ.

b. *Обыкновенныя части* составляютъ тѣ элементы сдѣлки, которыя обыкновенно встрѣчаются въ сдѣлкахъ такого типа, не являясь въ то же время ихъ сущностью, такъ что устраненіе ихъ не разрушаетъ рода сдѣлки. Поэтому для отдѣльной конкретной сдѣлки эти части могутъ быть отмѣнены или замѣнены, но, если не отмѣнены и не замѣнены, то предполагаются. Такъ, напр., при наймѣ квартиры обязанность поддержанія ея въ надлежащемъ видѣ путемъ ремонта лежитъ на домохозяинѣ, но по соглашенію эта обязанность можетъ быть перенесена на квартиранта. Такія обыкновенныя части даются диспозитивнымъ закономъ или заведеннымъ порядкомъ.

c. *Случайныя части* сдѣлки не присущи вообще сдѣлкѣ этого типа, но входятъ въ составъ той или другой конкретной сдѣлки по волѣ совершающихъ актъ. Такія части или замѣняютъ обыкновенныя части или же существуютъ рядомъ съ ними, напр., при опредѣленіи порядка платежа за наемъ квар-

тиры помѣсячно, по третямъ, каждое первое число и т. п. Случайныя части никогда не предполагаются.

Таковъ составъ юридической сдѣлки съ объективной точки зрѣнія. Но воля совершающихъ актъ способна произвести видоизмѣненіе въ соотношеніи частей сдѣлки. Участники сдѣлки могутъ придать какому-нибудь случайному элементу значеніе необходимой части. Напр., при договорѣ стороны условливаются, что сила сдѣлки ставится въ зависимость отъ облеченія ея въ письменную форму. Пока договоръ не оформленъ—сдѣлки нѣтъ, хотя законъ и не требуетъ для сдѣлки этого типа письменной формы. Чтобы опредѣлить, насколько тотъ или другой элементъ существенъ съ субъективной точки зрѣнія, насколько сдѣлка, удовлетворяющая всѣмъ условіямъ съ объективной стороны, можетъ быть признана въ силѣ, необходимо истолковать волю совершавшихъ актъ.

II. Мотивы воли. По общему правилу мотивы, которыми лица руководствуются при совершеніи юридическихъ сдѣлокъ, не имѣютъ никакого вліянія на силу и дѣйствіе послѣднихъ. Лицо могло отдать свой домъ въ наемъ, разсчитывая ѣхать за границу, а потомъ осталось; лицо могло продать имѣніе, вслѣдствіе стѣсненнаго имущественнаго положенія, а потомъ получило наслѣдство,—всѣ эти обстоятельства не имѣютъ и не должны имѣть значенія для юридическихъ послѣдствій, потому что въ противномъ случаѣ отъ непрочности сдѣлокъ пострадалъ бы гражданскій оборотъ. Однако, нѣкоторымъ мотивамъ и при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ придается значеніе, вліяющее уничтожающимъ образомъ на силу юридическихъ сдѣлокъ. Такими мотивами являются принужденіе, заблужденіе и обманъ.

А. Психическимъ принужденіемъ или *угрозою* называется воздѣйствіе на чужую волю страхомъ страданія. Нашъ законъ видитъ принужденіе тамъ, гдѣ одно лицо, бывъ захвачено во власть другимъ, принуждается къ отчужденію имущества или ко вступленію въ обязательства насильственно, страхомъ настоящаго или будущаго зла, могущаго постигнуть его лицо или имущество (т. X ч. 1 ст. 702). Такъ какъ при психическомъ принужденіи юридическая сдѣлка является все же выраженіемъ воли дѣйствовавшаго, которому предстоялъ выборъ—или перенести страданіе или исполнить сдѣлку, то для уничтоженія силы послѣдней необходимы нѣкоторыя условія.

а) Прежде всего требуется *противозаконность грозимаго зла.* Угрожающее лицо не должно имѣть права на то дѣйствіе, съ

которымъ соединены страданія для угрожаемаго. Не будетъ принужденія, когда кредиторъ требуетъ уплаты по векселю подъ угрозою объявить должника несостоятельнымъ, или мужъ настаиваетъ на обязательствѣ жены, угрожая потребовать ее къ совмѣстному жительству. Представляется ли противозаконность уголовною, т.-е. подходитъ ли дѣйствіе угрожающаго подъ признаки наказуемаго насилія (улож. наказ. стт. 1686 и 1687)—это уже безразлично для гражданскихъ послѣдствій принужденія, потому что по гражданскимъ законамъ признается въ силѣ только пріобрѣтеніе права, основанное на непринужденномъ произволѣ (т. X ч. 1 ст. 700). Такъ, напр., еврейское общество вынудило сына къ пожертвованію угрозою недопустить погребенія умершей матери на общественномъ кладбищѣ, послѣдствіемъ чего было разложеніе трупа въ домѣ (1901, № 21).

b) Требуется *значительность грозимаго зла*, соотвѣтствіе страданія, которымъ угрожаютъ, съ вымогаемою сдѣлкою. Нужно, чтобы зло грозило существенному благу, личному или имущественному. Странно было бы ссылаться на недѣйствительность векселя въ 10.000 рублей, выданнаго подъ вліяніемъ угрозы не подать руки въ обществѣ. Сомнительно, съ точки зрѣнія нашего закона, уничтожаетъ ли силу сдѣлки угроза причинить страданіе не самому совершающему сдѣлку, а близкимъ ему лицамъ—отцу, матери, женѣ, дѣтямъ, потому что ст. 702 говоритъ только о злѣ, могущемъ постигнуть «его» лицо или имущество.

c) Необходима *основательность страха*, должна быть вѣроятность приведенія угрозы въ исполненіе. Такъ какъ это условіе чисто психическое, зависящее отъ душевнаго склада человѣка, то и мѣрка въ данномъ случаѣ должна быть чисто субъективной. Для рѣшенія вопроса, насколько угрожаемое лицо могло опасаться выполненія угрозы, суду приходится приноровиться къ развитію этого лица, его общественному положенію. Угроза, способная произвести сильное впечатлѣніе на простого человѣка, можетъ быть, подъ вліяніемъ суевѣрія,—окажется неизвинительной для человѣка образованнаго.

Нашъ законъ устанавливаетъ необыкновенно краткую давность для опроверженія сдѣлокъ, совершонныхъ подъ вліяніемъ психическаго принужденія, а именно заявленіе должно быть сдѣлано не позже недѣли со времени совершенія сдѣлки (т. X ч. 1 ст. 703). По смыслу закона слѣдуетъ, что по истеченіи

семидневнаго срока потерпѣвшій теряетъ право на возраженіе. Въ нашей литературѣ высказывается мнѣніе, что срокъ этотъ не имѣетъ значенія, какъ процессуальное правило, въ мѣстностяхъ, гдѣ введены новыя судебныя учрежденія. Однако, процессуальный характеръ указаннаго срока болѣе, чѣмъ сомнителенъ, и ст. 703 упорно повторяется въ новѣйшихъ изданіяхъ (т. X ч. 1), несмотря на полное обновленіе нашего процессуальнаго порядка. Сенатъ также высказался за отрицаніе значенія за семидневнымъ срокомъ (кас. рѣш. 1876, № 298).

В. Сдѣлка можетъ быть совершена подъ вліяніемъ *заблужденія*, т.-е. отсутствія истиннаго представленія о предметѣ. Оно называется невѣдѣніемъ, когда отсутствуетъ какое-либо представленіе, напр., лицо не знаетъ вовсе о существующемъ законѣ или происшедшемъ фактѣ. Оно называется ошибкою, когда существуетъ ложное представленіе, не соотвѣтствующее дѣйствительности, напр., лицо знаетъ о существованіи закона, но невѣрно понимаетъ его содержаніе. Различаютъ заблужденіе юридическое и фактическое.

1. Заблужденіе *юридическое* относится къ знанію законовъ, но не вообще объективнаго права, потому что обычное право можетъ быть неизвѣстно даже суду. Заблужденіе въ законѣ у насъ неизвинительно, потому что никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона, когда онъ былъ обнародованъ установленнымъ порядкомъ (т. I ч. 1 ст. 95). Такимъ образомъ предполагается, что каждый русскій подданный не только знаетъ, но и совершенно правильно понимаетъ все русское законодательство. Конечно, такое предположеніе чистая фикція, потому что всего содержанія 16 томовъ не знаютъ даже юристы практики и теоретики, а существованіе въ немъ неясностей и противорѣчій допускаетъ самъ законодатель. Но установленіе противоположнаго правила могло бы повести къ грубымъ злоупотребленіямъ, если бы силу всякаго дѣйствія, оказавшагося невыгоднымъ, можно было ослабить отговоркою незнанія его послѣдствій. Такъ, напр., состоялся заемъ подъ условіемъ платежа 24%, и кредиторъ сталъ бы отговариваться незнаніемъ новаго закона о ростовщичествѣ. Ошибочное пониманіе стороною юридической природы договоровъ не можетъ освобождать отъ отвѣтственности (кас. рѣш. 1876, № 394), напр., если вмѣсто поставки заключается продажа. Изъ общаго правила не существуетъ исключенія и для инородцевъ, которые управляются на основаніи общихъ узаконеній и учрежденій

(т. II, Положеніе объ инородцахъ, ст. 16). Знаніе иностранныхъ законодательствъ ни для кого, конечно, не обязательно. Сомнительнымъ представляется обязанность знанія мѣстныхъ законовъ. Въ виду того, что не предполагается обнародованіе ихъ установленнымъ для Имперіи порядкомъ, незнаніе ихъ, если оно существенно для сдѣлки, можетъ быть признано извинительнымъ внѣ мѣста ихъ дѣйствія.

2. Въ бытовомъ отношеніи болѣе важнымъ представляется заблужденіе второго рода—*фактическое*. Подобное заблужденіе можетъ вліять на силу сдѣлки только въ тѣхъ случаяхъ, когда оно настолько существенно, что обнаруживаетъ полное несоотвѣтствіе между тѣмъ, чего желало лицо, и тѣмъ, на что въ дѣйствительности была обращена его воля. Другими словами, существеннымъ заблужденіе будетъ въ томъ случаѣ, когда есть основаніе думать, что совершившій сдѣлку не заключилъ бы ея, если бы зналъ обстоятельства дѣла. Здѣсь, конечно, должна быть прилагаема не субъективная мѣрка, а объективная. Не то важно, заключило ли бы сдѣлку данное лицо, попавшее въ заблужденіе, а заключилъ ли бы ее вообще всякій благоразумный человѣкъ, руководствующійся взглядами оборота. Къ сожалѣнію, по этому вопросу наше законодательство страдаетъ крупнымъ пробѣломъ. Оно совершенно игнорируетъ вопросъ о заблужденіи и только практика стремится восполнить этотъ пробѣлъ. Опредѣлить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, насколько существенно было заблужденіе,—дѣло суда (кас. рѣш. 1890, № 9).

Возможно существенное заблужденіе *въ лицѣ*, съ которымъ или въ пользу котораго совершается сдѣлка. Нашъ законъ говоритъ о недѣйствительности завѣщанія, учиненнаго съ очевидною ошибкою въ лицѣ (т. X ч. 1 ст. 1026). То же самое должно быть признано и въ отношеніи всякой другой сдѣлки, если только ошибка въ лицѣ представляется существенною для сдѣлки. Такъ, несомнѣнно, существеннымъ заблужденіемъ представляется договоръ довѣренности, данный по созвучію фамилій не извѣстному адвокату, а только посредственному. Но, напр., не имѣетъ никакого значенія для силы сдѣлки, если купецъ продалъ на наличныя товаръ не тому лицу, за которое онъ принималъ покупателя, или если платежъ по векселю полученъ не отъ самого векселедателя, или если при пожертвованіи ошибочно приведено официальное названіе учрежденія.

Можетъ произойти заблужденіе относительно *сущности сдѣлки*. По неясной редакціи договора авторъ полагаетъ, что онъ предоставляетъ книгопродавцу право изданія, а въ дѣйствительности онъ отчуждаетъ ему свое авторское право. Такое несоотвѣтствіе между намѣреніями контрагентовъ устраняетъ соглашеніе ихъ воли, а потому и должно быть признано существеннымъ.

Заблужденіе *въ объектѣ сдѣлки* составляетъ, несомнѣнно, существенную сторону сдѣлки. Законъ нашъ признаетъ недѣйствительными завѣщанія, учиненныя съ очевидною ошибкою въ завѣщаемомъ имуществѣ (т. X ч. 1 ст. 1026). Недѣйствительность сдѣлки можетъ быть допущена только тогда, когда изъ самаго завѣщанія нельзя уяснить себѣ истинной воли завѣщателя. Напр., въ завѣщаніи можетъ произойти ошибка въ наименованіи; завѣщатель свое родовое имѣніе Кизьметево отдаетъ сыну, благопріобрѣтенное Апраксино—женѣ, а между тѣмъ, наоборотъ, Апраксино является родовымъ, а Кизьметево — благопріобрѣтеннымъ. То же самое правило слѣдуетъ примѣнять и относительно другихъ сдѣлокъ, когда ошибка въ предметѣ представляется существенною съ точки зрѣнія цѣли сдѣлки (кас. рѣш. 1872, № 343), напр., когда вмѣсто золотого песку проданы мѣдныя опилки.

Ошибка *въ качествѣ* и *количествѣ* объекта можетъ тогда только повести къ ничтожности сдѣлки, когда, вслѣдствіе своихъ свойствъ, вещь становится непригодной для предполагаемой цѣли или количество не отвѣчаетъ цѣли сдѣлки. Такъ, напр., антикварій продаетъ канделябры, которые какъ онъ самъ, такъ и покупатели считали серебряными, между тѣмъ они оказываются оловянными. Если канделябры были куплены для такого же пользованія, какому могли служить и новые, то заблужденіе представляется существеннымъ. Если же канделябры были куплены, какъ археологическая рѣдкость, то металлъ уже не играетъ существенной роли. Особенно частыми въ практикѣ являются заблужденія относительно того, каменный или деревянный домъ былъ проданъ. Вмѣсто чисто каменнаго, домъ нерѣдко оказывается только обложеннымъ кирпичами или съ мусоромъ между кирпичами (1890, № 9). Несомнѣнно, что, предполагая домъ каменнымъ, покупщикъ оказывается въ существенномъ заблужденіи, если стѣны только обложены кирпичемъ или набиты мусоромъ. Было признано, что публичные торги могутъ быть уничтожены въ томъ случаѣ,

если проданная вещь окажется впослѣдствіи не того достоинства, какое было показано въ описи и заявлено на торгѣ (кас. рѣш. 1884, № 38; ср. также 1895, № 14), напр., серебряный чайный приборъ оказался мѣднымъ. Но, напр., продажа хлѣба съ нѣкоторыми примѣсями вмѣсто совершенно чистаго, отдача въ наемъ парохода нѣсколько меньшаго по вмѣстимости или по количеству силъ, чѣмъ было условлено, не уничтожаетъ сдѣлки. Такое же значеніе, какъ ошибка въ качествѣ, имѣетъ несоотвѣтствіе въ количествѣ. Если, напр., землевладѣлецъ выписываетъ машины въ количествѣ, необходимомъ для его хозяйства, а по ошибкѣ телеграфа ему присылаютъ транспортъ машинъ на коммиссію, то соотвѣтствія намѣреній, очевидно, нѣтъ.

С. *Обманъ* является намѣреннымъ возбужденіемъ въ другомъ лицѣ ложнаго представленія. Поэтому сдѣлка, совершонная подъ вліяніемъ обмана, обсуждается по тѣмъ же началамъ, какъ и сдѣлка, совершонная подъ вліяніемъ заблужденія, съ тѣмъ только отличіемъ, что къ обманутому слѣдуетъ предъявлять менѣе строгія требованія, чѣмъ къ заблуждающемуся, потому что интересъ его контрагента менѣе заслуживаетъ защиты. Обманъ подрываетъ силу сдѣлки, если она заключена подъ его вліяніемъ. Обманъ, касающійся несущественныхъ сторонъ сдѣлки, не вліяетъ на силу послѣдней, напр., умолчаніе продавца лошади о нѣкоторыхъ недостаткахъ ея, не мѣшающихъ предположенному пользованію ею. Но существенный обманъ лишаетъ сдѣлку силы, потому что нѣтъ соотвѣтствія между тѣмъ, чего лицо желаетъ и что́ оно совершаетъ. Напр., кто-нибудь предполагаетъ вступить въ сдѣлку съ другимъ, ложно выдающимъ себя за представителя третьяго лица. Заключающій сдѣлку хочетъ вступить въ отношеніе съ этимъ третьимъ лицомъ, а между тѣмъ онъ не достигаетъ этого и оказывается въ отношеніи съ тѣмъ, съ кѣмъ не желалъ.

Обманъ является чаще всего преступнымъ дѣйствіемъ (улож. наказ. ст. 1688) и, если наличность его будетъ признана уголовнымъ судомъ, то должны отпасть и всѣ гражданскія его послѣдствія. Однако, если бы обманныя дѣйствія и не подходили подъ указанные въ уголовномъ законѣ признаки преступнаго обмана, все же они могутъ послужить основаніемъ къ признанію недѣйствительною сдѣлки, совершонной подъ ихъ вліяніемъ (кас. рѣш. 1899, № 60). Это вытекаетъ изъ того, что гражданскій законъ не признаетъ силы за пріобрѣтеніемъ

права, основаннымъ на подлогѣ (т. X ч. 1 ст. 701), который является видомъ обмана.

III. Выраженіе воли. Воля и ея мотивы составляютъ внутреннюю сторону юридической сдѣлки. Юридическое значеніе воля пріобрѣтаетъ только при проявленіи ея во внѣ, во внѣшнихъ дѣйствіяхъ. Очевидно, между содержаніемъ воли и ея внѣшнимъ выраженіемъ должно быть полное соотвѣтствіе. Однако, въ виду того, что психическія переживанія постороннимъ недоступны, необходимо принимать выраженную волю за дѣйствительную волю, пока несоотвѣтствіе между ними не будетъ доказано тѣмъ, кто его утверждаетъ. Когда дѣйствіе имѣетъ своею прямою задачею выразить волю на данный случай, то такое выраженіе будетъ непосредственнымъ. Непосредственное выраженіе воли обнаруживается или въ словахъ или въ движеніяхъ. Такъ, напр., когда лицо заявляетъ, что согласно вступить въ предлагаемый договоръ, то это будетъ словесное заявленіе. Но, кромѣ этого наиболѣе пригоднаго и употребительнаго способа, выраженіе воли можетъ быть обнаружено въ движеніяхъ. Такъ, утвердительное или отрицательное киваніе головою въ отвѣтъ на предложеніе является непосредственнымъ выраженіемъ воли. Посылка заказанныхъ товаровъ есть согласіе, выраженное не словами, а дѣйствіемъ.

Наиболѣе сомнѣній возбуждаетъ вопросъ о значеніи молчанія. Затрудненіе здѣсь состоитъ въ томъ, что оно можетъ быть принято за непосредственное выраженіе согласія (напр., присутствіе отца на свадьбѣ сына есть молчаливое, но явное согласіе на бракъ) или же какъ выраженіе несогласія (напр., молчаніе въ отвѣтъ на предложеніе продать вещь по такой-то цѣнѣ). Поэтому относительно молчанія принимается какъ общее правило, слѣдующее: когда въ законѣ установлено требованіе, чтобы лицо заинтересованное выразило явно свое согласіе, то молчаніе слѣдуетъ принять за выраженіе несогласія, напр., молчаніе родителей лютеранъ на просьбу ихъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей разрѣшить имъ вступленіе въ бракъ (т. XI ч. 1, изд. 1896, ст. 319); напротивъ, когда требуется, чтобы лицо явно заявило свое несогласіе, то молчаніе слѣдуетъ считать за согласіе, напр., молчаніе родителей лютеранъ на просьбу ихъ совершеннолѣтнихъ дѣтей разрѣшить имъ вступленіе въ бракъ (т. XI ч. 1, изд. 1896, ст. 320).

Въ отличіе отъ непосредственнаго выраженія воли, косвеннымъ выраженіемъ являются такія дѣйствія, которыя не пред-

назначены выражать прямо намѣреніе лица, а только дають возможность судить по нимъ о намѣреніи лица. Такъ, напр., если наслѣдникъ не заявляетъ прямо о своемъ желаніи принять наслѣдство, а вступаетъ въ распоряженіе имъ, платитъ долги наслѣдодателя, пользуется имуществомъ въ свою пользу, то это можетъ быть истолковано только въ смыслѣ принятія (т. X ч. 1 ст. 1261).

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ содержаніе сдѣлки можетъ не соотвѣтствовать истинной волѣ, выраженіемъ которой является сдѣлка. Стороны имѣютъ въ виду совершить одну сдѣлку, но облекаютъ ее въ форму другой, такъ что совершонная сдѣлка является выраженіемъ не дѣйствительнаго намѣренія, а видимаго. Такія сдѣлки носятъ названіе *притворныхъ*. Напр., въ виду объявленія несостоятельности, лицо выдаетъ своимъ пріятелямъ массу векселей; видимое намѣреніе его—обязаться и уплатить имъ, но дѣйствительное—сохранить, при помощи друзей или родственниковъ, хотя часть того имущества, которое цѣликомъ должно бы было пойти на удовлетвореніе настоящихъ кредиторовъ. При существующемъ запрещеніи дарить или завѣщать родовое имѣніе совершаются нерѣдко фиктивныя продажи его, тогда какъ въ дѣйствительности продавецъ никакой покупной цѣны не получаетъ.

Является юридическій вопросъ, какова сила притворныхъ сдѣлокъ. Притворная сдѣлка должна разсматриваться, какъ прикрытая, т.-е. какъ та, которая въ дѣйствительности имѣлась въ виду, если только она удовлетворяетъ условіямъ послѣдней и не противорѣчитъ требованіямъ закона (кас. рѣш. 1901, № 45). Такъ, напр., лицо, желая скрыть отъ постороннихъ свои близкія отношенія къ другому лицу, продаетъ послѣднему свой благопріобрѣтенный домъ, не взявъ съ него въ дѣйствительности денегъ. Если это обстоятельство будетъ обнаружено, сдѣлка сохранитъ свою силу, но не какъ продажа, а какъ дареніе. Нашъ законъ сохраняетъ силу за договоромъ поклажи, подъ которою скрывается договоръ займа (т. X ч. 1 ст. 2114). Напротивъ, не дозволяются и признаются недѣйствительными сдѣлки, когда побудительною причиною (т.-е. истиннымъ намѣреніемъ) является подложное переукрѣпленіе имущества во избѣжаніе платежа долговъ (т. X ч. 1 ст. 1529, п. 2), или когда сдѣлка совершается въ обходъ закона, ограждающаго права другихъ лицъ, не участвовавшихъ въ сдѣлкѣ (кас. рѣш. 1908, № 13); на послѣднемъ основаніи Сенатъ призналъ за

наслѣдникомъ собственника родовой недвижимости право требовать уничтоженія купчей крѣпости, совершонной съ цѣлью лишить его предоставленныхъ ему по закону правъ на то же имѣніе.

IV. Форма сдѣлки. Соотвѣтствіе содержанія сдѣлки съ истинною волею и съ нормами объективнаго права оказывается иногда недостаточнымъ. Необходимо, чтобы сдѣлка, какъ опредѣленіе отношеній между людьми, выразилась во внѣ, приняла форму, по которой можно было бы заключить о ея содержаніи. Выборъ формы, наиболѣе соотвѣтствующей волѣ сторонъ, зависитъ отъ ихъ усмотрѣнія. Но нерѣдко законъ предписываетъ, чтобы выраженіе воли произошло въ извѣстной, установленной имъ, формѣ. Форма сдѣлки можетъ быть или словесная или письменная, съ участіемъ свидѣтелей или даже органовъ власти. Важно не то, въ какой формѣ обыкновенно совершается сдѣлка, а то, въ какой она должна совершаться. Такъ, довѣренность обыкновенно выдается нотаріальнымъ порядкомъ, но это вовсе не составляетъ необходимости. Такъ, напр., общеприняты для завѣщанія начальныя слова «Во имя Отца и Сына и Св. Духа», но завѣщаніе безъ этихъ словъ будетъ такъ же дѣйствительно, какъ и съ ними. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель, предполагая неразвитость общества и неспособность его самостоятельно выработать форму, предлагаетъ образцы, напр., векселей, заемныхъ писемъ. Не слѣдуетъ придавать имъ обязательнаго значенія, котораго они по цѣли своей не имѣютъ. Въ современномъ быту сохранились еще формы символическія, которыя имѣли преобладающее значеніе въ древнемъ правѣ. Въ настоящее время онѣ имѣютъ значеніе, главнымъ образомъ, какъ опредѣленіе момента состоявшагося соглашенія, какъ, напр., битье по рукамъ, третій ударъ молотка при аукціонѣ. Фискальныя требованія не вліяютъ на гражданскую силу сдѣлокъ. Акты, которые по закону подлежатъ гербовому сбору, принимаются въ доказательство и въ томъ случаѣ, когда они писаны безъ соблюденія правилъ о гербовомъ сборѣ (уст. гражд. суд. ст. 461), за исключеніемъ векселей.

1. Словесная форма представляется наиболѣе простой и естественной. Потому она должна быть допущена для всѣхъ тѣхъ сдѣлокъ, относительно которыхъ законъ не установилъ болѣе сложной формы. Слѣдовательно, если въ законѣ не установлена письменная форма для сдѣлки, то послѣдняя можетъ быть совершена въ словесной формѣ. Такъ, напр., купля-продажа или мѣна движимыхъ вещей могутъ быть совершены словесно.

2. Письменная форма обязательна для сдѣлокъ лишь тогда, когда она предписана закономъ. Она можетъ имѣть двоякое значеніе: а) или она составляетъ сущность сдѣлки (так. назыв. corpus) и безъ нея сдѣлка не пріобрѣтаетъ силы, b) или же она составляетъ только преимущественное средство доказательства. Въ первомъ случаѣ никакія доказательства, ни свидѣтели, ни собственное признаніе, не могутъ дать силы недѣйствительной сдѣлкѣ. Во второмъ случаѣ законъ только ограничиваетъ средства доказыванія, устраняя свидѣтелей: при отсутствіи письменной формы сдѣлка не можетъ быть доказываема свидѣтельскими показаніями (уст. гражд. суд., ст. 409). Такъ, напр., въ случаѣ займа, совершоннаго безъ письма, кредиторъ не можетъ доказывать свидѣтелями факта займа, и если должникъ не признается, то кредиторъ не въ состояніи доказать своего права. Издательскій договоръ долженъ быть заключенъ въ письменной формѣ, согласно закону 20 марта 1911 года, но это означаетъ только, что ни авторъ, ни издатель не могутъ ссылаться, въ подтвержденіе своихъ правъ, на свидѣтелей, напротивъ, они могутъ отстаивать свои интересы посредствомъ писемъ, росписокъ. Если стороны не спорятъ о существованіи договора,—особенно когда договоръ принятъ ими къ исполненію,—судъ не можетъ отказывать въ разрѣшеніи вытекающихъ изъ этого договора споровъ только потому, что онъ не удостовѣренъ письменнымъ актомъ. Равнымъ образомъ, и «всѣ тѣ условія, которыя находятся внѣ спора сторонъ и существованіе которыхъ представляется несомнѣннымъ, должны быть приняты судомъ въ соображеніе, хотя бы эти условія и не были изложены въ письменной формѣ» (кас. рѣш. 1892, № 8).

а. Законъ въ рѣдкихъ случаяхъ связываетъ сущность сдѣлки съ ея формою. Это правило установлено главнымъ образомъ для сдѣлокъ о недвижимостяхъ. Акты могутъ быть совершаемы, по усмотрѣнію сторонъ, порядкомъ или домашнимъ или нотаріальнымъ, за исключеніемъ актовъ о переходѣ или ограниченіи права собственности на недвижимости, которые подъ опасеніемъ недѣйствительности, въ противномъ случаѣ, самыхъ договоровъ и сдѣлокъ, должны быть совершаемы всегда у нотаріусовъ и обращаемы въ крѣпостные (нот. пол. ст. 66). Соблюденіе предписанной формы (утвержденіе старшимъ нотаріусомъ акта, совершоннаго у нотаріуса), вызывается потребностью знанія въ обществѣ, кому принадлежитъ недвижимость и какіе долги на ней лежатъ. Совершеніе подобной сдѣлки въ словесной формѣ

или домашней письменной не производитъ никакихъ юридическихъ результатовъ. Слѣдующія сдѣлки о недвижимости должны быть совершены въ установленной формѣ: купля-продажа (купчая крѣпость), залогъ (закладная крѣпость), дареніе (дарственная запись), выдѣлъ (отдѣльная запись), приданое (рядная запись), раздѣлъ общаго имущества (раздѣльная запись) и нѣк. др. (нот. пол. ст. 158). Невѣрно, однако, утвержденіе Сената, что «наши гражданскіе законы, относя къ существеннымъ условіямъ дѣйствительности договора дѣеспособность сторонъ, предметъ не изъятый изъ оборота, свободное согласіе сторонъ и законность цѣли договора, касательно значенія въ этомъ отношеніи формы, даютъ лишь одно несомнѣнно положительное указаніе, въ ст. 66 положенія о нотаріальной части, требуя крѣпостной формы для актовъ о переходѣ или ограниченіи права собственности на недвижимости, подъ опасеніемъ, при несоблюденіи этой формы, недѣйствительности договора; ни въ какомъ иномъ случаѣ дѣйствительность договора не ставится въ зависимость отъ соблюденія формы» (кас. рѣш. 1888, № 37). Форма сдѣлки составляетъ ея сущность и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ; такъ, вексель недѣйствителенъ безъ установленной письменной формы, завѣщаніе безъ соблюденія установленныхъ формальностей.

b. Письменная форма, какъ средство доказательства, устанавливается по нашему законодательству для большинства сдѣлокъ, что отражается чрезвычайно вредно на бытовыхъ отношеніяхъ. Законодатель долженъ придерживаться извѣстнаго принципа, по которому онъ для однѣхъ сдѣлокъ устанавливаетъ письменную форму, а другія допускаетъ совершать въ словесной. Такимъ принципомъ можетъ быть, напр., цѣнность сдѣлки. Такъ, по французскому праву всѣ сдѣлки на сумму свыше 150 франковъ должны быть облечены въ письменную форму; также и въ Англіи продажа вещей цѣною свыше 10 ф. ст., по закону 1894 г., должа быть облечена въ письменную форму. Такимъ же принципомъ можетъ быть бытовая опасность нѣкоторыхъ сдѣлокъ, представляющихъ особенный соблазнъ для ложныхъ свидѣтельскихъ показаній. Такъ, германское право устанавливаетъ (§ 129) письменную форму лишь въ исключительныхъ, закономъ перечисленныхъ случаяхъ, напр., для поручительства. Наше законодательство не придерживается ни того, ни другого начала, потому что нельзя найти основанія, почему купля-продажа можетъ быть совершена словесно, а родственная ей поставка требуетъ письменной формы. Жизнь сильно страдаетъ

отъ формализма нашего права. Заемъ, закладъ, личный наемъ совершаются въ обществѣ, особенно въ простомъ народѣ, словесно, отчасти по безграмотности контрагентовъ, отчасти по удобству. Между тѣмъ несоблюденіе письменной формы, если должникъ запрется, не даетъ кредитору никакихъ средствъ доказыванія, хотя бы въ ихъ средѣ всѣ знали о заключенной сдѣлкѣ. Судъ обязанъ по собственной иниціативѣ не допускать свидѣтельскихъ показаній въ подтвержденіе такихъ фактовъ, которые, по закону, не могутъ быть доказываемы свидѣтелями, если только стороны не дали своего согласія на допущеніе этого рода доказательствъ (кас. рѣш. 1911, № 8). Только въ одномъ случаѣ отсутствіе письменнаго акта можетъ быть восполнено свидѣтельскими показаніями, — когда актъ утраченъ вслѣдствіе какого-либо внезапнаго бѣдствія, напр., пожара, наводненія и пр., но существованіе и содержаніе акта можетъ быть доказано, кромѣ показанія свидѣтелей, и другими доказательствами (уст. гр. суд., ст. 409 п. 2).

3. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ присоединяетъ къ письменной формѣ требованіе наличности свидѣтелей. Это не тѣ свидѣтели, которые случайно знакомы съ совершонною сдѣлкою и могутъ подтвердить ея содержаніе, и отсутствіе которыхъ не лишаетъ сдѣлку силы. Это скорѣе соучастники сдѣлки. Законные свидѣтели составляютъ необходимую часть формы, установленной закономъ, напр., для завѣщаній, и отсутствіе ихъ отражается на силѣ сдѣлокъ (т. X ч. 1 ст. 923).

4. Помимо тѣхъ случаевъ, когда законъ требуетъ совершенія сдѣлки при участіи нотаріусовъ, подъ страхомъ недѣйствительности, нотаріальная форма возможна для всѣхъ вообще сдѣлокъ, даже для тѣхъ, для которыхъ не требуется письменная форма, напр., для найма квартиры. Преимущество нотаріальныхъ актовъ передъ домашними состоитъ въ томъ, что содержаніе ихъ не можетъ быть опровергаемо свидѣтельскими показаніями, за исключеніемъ споровъ о подлогѣ (уст. гр. суд. ст. 410). Актъ, не признанный въ силѣ нотаріальнаго, сохраняетъ силу домашняго акта, если удовлетворяетъ требованіямъ послѣдняго (уст. гр. суд. ст. 460).

V. Случайныя принадлежности сдѣлки. Между случайными принадлежностями сдѣлки особеннаго вниманія заслуживаютъ условіе, срокъ и наказъ.

1. *Условіемъ, въ техническомъ значеніи слова, называется такое случайное опредѣленіе въ юридической сдѣлкѣ, по ко-*

торóму предполагаемыя послѣдствія сдѣлки ставятся въ зависимость отъ наступленія или ненаступленія въ будущемъ извѣстнаго обстоятельства. Условіемъ называютъ также и это послѣднее обстоятельство, а сама сдѣлка носитъ названіе условной. Возможность такихъ осложненій сдѣлки основывается въ нашемъ законодательствѣ на ст. 1530 т. X ч. 1, допускающей включать въ договоръ всякія условія, законамъ не противныя. Не всѣ, однако, сдѣлки допускаютъ включеніе въ ихъ составъ условія. Иногда законъ прямо указываетъ на недопустимость такихъ ограниченій, напр., относительно принятія векселя (уст. векс., ст. 11 и 95), въ другихъ случаяхъ это явствуетъ изъ общаго смысла постановленій, напр., невозможны подъ условіемъ бракъ, усыновленіе, принятіе наслѣдства. Изъ даннаго опредѣленія условія обнаруживаются два существенныхъ его признака: a) неизвѣстность наступленія и b) произвольность установленія. Необходимо, чтобы при совершеніи сдѣлки неизвѣстно было, наступитъ или нѣтъ условное обстоятельство. Поэтому недѣйствительно будетъ условіе, когда обстоятельство къ моменту сдѣлки уже произошло, напр., дѣдъ обѣщаетъ внучкѣ приданое, если она выйдетъ замужъ, а между тѣмъ она уже замужемъ. По той же причинѣ недѣйствительно будетъ условіе, когда во время совершенія сдѣлки извѣстно, что обстоятельство никогда не наступитъ, напр., петербургскій фабрикантъ обязывается доставить казанскому купцу товаръ, если желѣзная дорога перевезетъ грузъ въ одинъ день. Необходимо также, чтобы установленіе условія было вполнѣ произвольно. Поэтому не составляетъ условія такое обстоятельство, которое является необходимою составною частью самой сдѣлки, напр., отдается вещь на сохраненіе подъ условіемъ возвратить ее по первому требованію. По той же причинѣ условіе не должно противорѣчить закону и нравственности (т. X ч. 1 ст. 1530), напр., недѣйствительна продажа подъ условіемъ удачной кражи, недѣйствительна брачная неустойка, какъ нарушающая свободу вступленія въ бракъ (кас. рѣш. 1877, № 230).

Условія представляютъ различные виды. a) Когда сила сдѣлки ставится въ зависимость отъ наступленія извѣстнаго обстоятельства, то условіе будетъ *положительнымъ*, напр., лицо обязывается продать имѣніе, если оно достанется ему по закладной. Когда сила сдѣлки ставится въ зависимость отъ ненаступленія извѣстнаго обстоятельства, то условіе будетъ *отрицательнымъ*, напр., заключается договоръ найма квартиры на

зиму на случай, если къ осени наниматель не получитъ домъ по наслѣдству. b) Когда отъ наступленія условія зависитъ установленіе юридическаго отношенія, которое имѣется въ виду сторонами, то условіе называется *отлагательнымъ* (суспензивнымъ), напр., обязательство отдать домъ въ наемъ, если онъ будетъ пріобрѣтенъ съ торговъ. Наше законодательство предусматриваетъ такія условія, когда постановляетъ, что земли, пожалованныя подъ условіемъ заселенія или застройки, поступаютъ въ собственность не прежде, какъ по исполненіи сихъ условій (т. X ч. 1 ст. 938). Когда отъ наступленія условія зависитъ прекращеніе юридическаго отношенія, то условіе называется *отмѣнительнымъ* (резолютивнымъ), напр., отдается домъ въ наемъ подъ условіемъ немедленнаго возвращенія, если найдется покупатель. Наше законодательство предусматриваетъ такія условія, когда постановляетъ, что даръ, учиненный подъ условіемъ, возвращается дарителю, если условіе не будетъ исполнено (т. X ч. 1 ст. 976), или что казенныя оброчныя статьи могутъ быть отданы въ содержаніе подъ условіемъ, до наступленія извѣстнаго событія, какъ напр. до разрѣшенія судомъ дѣла о спорности сданнаго участка (т. VIII, ч. 1, уст. оброчный, ст. 56 и 58, п. 2). c) Когда наступленіе предусмотрѣннаго обстоятельства зависитъ отъ воли того лица, въ пользу котораго клонится сдѣлка, то условіе будетъ *произвольнымъ*, напр., лицо обязывается открыть кредитъ другому, если послѣдній начнетъ торговлю. Когда наступленіе условнаго обстоятельства не зависитъ отъ воли того лица, въ пользу котораго клонится сдѣлка, то условіе будетъ *случайнымъ*, напр., кто-нибудь обязывается возвратить долгъ, если выиграетъ въ лотерею. Возможно и соединеніе произвола со случайностью, напр., дядя кладетъ въ банкъ приданое племянницѣ, если она выйдетъ замужъ за такое-то лицо. Условіе произвольно, насколько замужество зависитъ отъ ея соглашенія; оно случайно, насколько зависитъ отъ воли другого лица. Такое условіе называется *смѣшаннымъ*.

Каково же *юридическое положеніе сдѣлки до наступленія условнаго обстоятельства?* Здѣсь необходимо принять во вниманіе различіе между условіями отлагательными и отмѣнительными. Сдѣлка, заключенная подъ отмѣнительнымъ условіемъ, пріобрѣтаетъ всю свою силу съ момента ея совершенія, какъ бы безусловная сдѣлка, и продолжаетъ сохранять ее до наступленія обстоятельства. Сдѣлка, заключенная подъ условіемъ

отлагательнымъ, представляетъ нѣкоторое затрудненіе. Юридическій фактъ, способный установить отношеніе, можетъ считаться наступившимъ только съ исполненіемъ условія. Если одно лицо обязывается продать, нанять, отдать въ ссуду съ наступленіемъ условія, то очевидно, что до этого времени не возникаютъ юридическія послѣдствія, какія всегда сопровождаютъ продажу, наемъ, ссуду. Но, съ другой стороны, нельзя сказать, чтобы сдѣлка, заключенная подъ отлагательнымъ условіемъ, не устанавливала никакого отношенія между лицами, ее заключившими. Такъ, напр., условныя обязательства переходятъ по наслѣдству, условныя обязательства предъявляются въ конкурсѣ, лицо обязавшееся подъ условіемъ не въ правѣ препятствовать наступленію условія, иначе это влечетъ за собою юридическое послѣдствіе. Отсюда необходимо заключить, что отлагательное условіе устанавливаетъ юридическое отношеніе съ момента его назначенія, но, однако, такъ, что нѣкоторыя послѣдствія наступаютъ немедленно по соглашенію, а другія,— предположенныя сторонами,—только съ наступленіемъ условія.

По вопросу *о моментѣ наступленія условія* слѣдуетъ принять въ соображеніе различіе положительныхъ и отрицательныхъ условій. Положительное условіе признается наступившимъ, когда совершается то обстоятельство, дѣйствіе или событіе, которое составляетъ содержаніе условія. Отрицательное условіе наступаетъ тогда, когда наступленіе условнаго обстоятельства оказывается невозможнымъ, напр., лицо обязывается уплатить долгъ другого въ срокъ, если тотъ не заплатитъ самъ, а между тѣмъ до срока должникъ объявляется несостоятельнымъ. Положительное условіе признается не наступившимъ, когда обнаруживается невозможность его наступленія, напр., лицо обязалось отдать въ аренду имѣніе, если пріобрѣтетъ его съ торговъ, а между тѣмъ имѣніе пріобрѣтено другимъ лицомъ. Отрицательное условіе признается не наступившимъ, когда совершается тотъ фактъ, отъ ненаступленія котораго зависѣла сдѣлка, напр., одно лицо обязалось другому обезпечить существованіе его дочери, если послѣ его смерти она не выйдетъ замужъ, а между тѣмъ она вышла замужъ.

При разсмотрѣніи *послѣдствій, какія производятъ наступленіе или ненаступленіе условій*, слѣдуетъ снова обратиться къ различію отлагательныхъ и отмѣнительныхъ условій. Невозможность наступленія отмѣнительнаго условія превращаетъ сдѣлку въ безусловную. Наступленіе такого условія прекра-

щаетъ дѣйствіе сдѣлки съ этого именно момента. Невозможность наступленія отлагательнаго условія прекращаетъ то юридическое отношеніе, которое связывало лица въ ожиданіи условія. Наиболѣе интереснымъ представляется вопросъ о послѣдствіяхъ наступленія отлагательнаго условія. Слѣдуетъ ли относить ихъ къ моменту наступленія условія или же къ моменту заключенія сдѣлки, другими словами, слѣдуетъ ли признать за наступленіемъ условія обратную силу? Если при совершеніи сдѣлки имѣлось въ виду поставить желаемыя юридическія послѣдствія въ связь съ наступленіемъ извѣстнаго обстоятельства, то нѣтъ никакого основанія относить дѣйствіе этихъ послѣдствій къ моменту болѣе раннему. Допущеніе обратной силы будетъ противно волѣ совершавшихъ сдѣлку, если въ самой сдѣлкѣ она не выразилась въ этомъ именно смыслѣ. Такъ, напр., лицо обязывается продать другому вещи подъ условіемъ. Если признать обратную силу, то съ наступленіемъ условія продавецъ обязанъ выдать покупателю всѣ приращенія вещи, всѣ доходы, всю извлеченную прибыль, но это явно несогласно съ намѣреніемъ сторонъ. Иногда признаніе обратной силы не согласуется даже съ природою отношенія, напр., лицо обязывается подъ условіемъ отдать въ наемъ домъ. Что можетъ означать обратная сила въ такомъ случаѣ? По этому вопросу законодательства расходятся. Французскій гражданскій кодексъ (§§ 977 и 978) признаетъ обратную силу условій сдѣлки, однако, съ оговорками. Германское гражданское уложеніе въ принципѣ отвергаетъ обратную силу условной сдѣлки, но допускаетъ выводить противоположное заключеніе изъ содержанія сдѣлки (§§ 158 и 159).

2. *Срокомъ въ техническомъ значеніи слова называется такое случайное опредѣленіе въ юридической сдѣлкѣ, по которому предполагаемыя послѣдствія сдѣлки ставятся въ зависимость отъ извѣстнаго момента времени.* Въ противоположность условной сдѣлкѣ, срочная сдѣлка лишена неизвѣстности относительно того, наступитъ или нѣтъ обстоятельство, отъ котораго зависитъ сдѣлка. Но, какъ и установленіе условія, назначеніе срока должно быть произвольнымъ. Поэтому нельзя признать срочнымъ завѣщаніе, въ которомъ завѣщатель ставитъ пріобрѣтеніе наслѣдникомъ наслѣдства въ зависимость отъ времени смерти его, наслѣдодателя, такъ какъ это составляетъ существенную часть завѣщательной сдѣлки. Сдѣлки, не допускающія по своей природѣ условій, не допу-

скаютъ и срока; напротивъ, сдѣлки, которыя по существу своему могли бы быть соединены съ условіемъ, если бы не препятствіе со стороны закона, могутъ быть срочными. Срочныя сдѣлки также предусматриваются ст. 1530 т. X ч. 1.

Срокъ, какъ и условіе, можетъ имѣть отлагающее или отмѣняющее значеніе. Сдѣлка срочная содержитъ срокъ, съ котораго (dies a quo) устанавливается юридическое отношеніе или до котораго (dies ad quem) оно продолжается. Примѣромъ срока перваго рода можетъ служить вкладъ въ банкъ, сдѣланный старшимъ родственникомъ въ пользу младшаго, когда послѣдній достигнетъ совершеннолѣтія. Примѣромъ второго рода можетъ быть договоръ найма квартиры опекуномъ для малолѣтнихъ съ тѣмъ, что по достиженіи старшимъ изъ нихъ 17 лѣтъ договоръ прекратится въ случаѣ его несогласія оставаться въ ней. Срокъ можетъ быть опредѣленъ или точно календарнымъ днемъ, или же событіемъ, которое должно несомнѣнно наступить, хотя и нельзя въ точности указать моментъ напр., транспортная контора обязывается отправить кладь, когда откроется навигація или установится санный путь.

Какъ по поводу условія, такъ и относительно отлагательнаго срока возникаетъ вопросъ о значеніи его наступленія,— слѣдуетъ ли признать обратную силу или нѣтъ? Въ пользу утвердительнаго отвѣта можно выставить то соображеніе, что наступленіе срока—внѣ сомнѣнія, а потому установленіе юридическаго отношенія не обусловливалось, а только откладывалось. Но такъ какъ стороны, устанавливавшія срокъ, не сомнѣвались въ наступленіи срока, то откладываніе сдѣлки можетъ выражать только намѣреніе сторонъ перенести послѣдствія сдѣлки къ моменту срока, а потому нѣтъ никакого основанія допускать обратную силу, если таковая не обнаруживается въ намѣреніи совершавшихъ сдѣлку.

3. Близко къ условію стоитъ *наказъ* (*modus*), *подъ которымъ слѣдуетъ понимать такое случайное опредѣленіе въ юридической сдѣлкѣ, по которому съ предоставленіемъ права соединяется возложеніе обязанности что-либо сдѣлать.* Близость такого наказа съ условіемъ выражается въ томъ, что какъ тутъ, такъ и тамъ лицо, изъявляющее свою волю, желало бы, чтобы установленіе юридическаго отношенія было связано съ извѣстнымъ фактомъ. Но при отлагательномъ условіи юридическое отношеніе, изъ-за котораго возникаетъ сдѣлка, устанавливается только съ наступленіемъ условнаго обстоятельства,

тогда какъ при наказѣ юридическое отношеніе устанавливается тотчасъ же, независимо отъ осуществленія наказа. Такъ, напр., продается имѣніе съ такимъ наказомъ, чтобы продавцу была сохранена на лѣтнее время дача; оставляется наслѣдство съ такимъ наказомъ, чтобы наслѣдникъ поставилъ на гробѣ завѣщателя часовню; совершается дареніе съ такимъ наказомъ, чтобы часть капитала одаренный обратилъ на дѣла благотворительности. Во всѣхъ этихъ случаяхъ юридическое отношеніе устанавливается совершенно независимо отъ исполненія предположенныхъ дѣйствій,—право пріобрѣтается тотчасъ, но за то на покупщикѣ, наслѣдникѣ и одаренномъ лежатъ обязанности, неисполненіе которыхъ можетъ имѣть свои послѣдствія. Возложенная обязанность даетъ заинтересованному лицу право требовать со стороны обязаннаго лица исполненія своей обязанности, безъ нарушенія установленнаго юридическаго отношенія. Въ этомъ послѣднемъ обстоятельствѣ заключается существенное отличіе наказа отъ условія. Такъ, напр., если кто-нибудь оставляетъ своему брату имѣніе съ тѣмъ, чтобъ братъ выплачивалъ ихъ матери извѣстную ежегодную сумму, то уклоненіе отъ такой обязанности даетъ матери право настаивать на платежѣ опредѣленной суммы, но не на отнятіи имѣнія. Если таково отличіе наказа отъ условія по послѣдствіямъ, то выясненіе вопроса, имѣется ли въ сдѣлкѣ наказъ или условіе, можетъ быть достигнуто только путемъ истолкованія воли лицъ, совершавшихъ сдѣлку.

Нашъ законъ не даетъ никакихъ постановленій о наказѣ. Но нѣтъ основанія ограничивать допустимость наказовъ однѣми только безмездными сдѣлками, какъ дареніе и завѣщаніе.

VI. Недѣйствительность сдѣлки. Въ случаѣ недостатка какой-либо существенной части сдѣлки, послѣдняя оказывается недѣйствительною. Недѣйствительность можетъ обнаружиться по причинамъ субъективнымъ (напр., несовершеннолѣтіе), или объективнымъ (напр., продажа чужой вещи), по причинамъ лежащимъ на внутренней сторонѣ сдѣлки (напр., существенное заблужденіе) или на внѣшней (напр., несоблюденіе формы). Недѣйствительность сдѣлки обнаруживается или съ самаго начала, когда при совершеніи сдѣлки отсутствовало одно изъ законныхъ условій ея, или же недѣйствительность наступаетъ позднѣе. Напр., лицо, не имѣющее болѣе близкихъ родственниковъ, завѣщаетъ свое родовое имѣніе племяннику и умираетъ, а между тѣмъ вскорѣ послѣ его смерти вдова ро-

дить сына или дочь: съ этого момента наступаетъ недѣйствительность завѣщанія, которое до того времени было вполнѣ дѣйствительнымъ. Недѣйствительная сдѣлка не должна быть смѣшиваема съ несостоявшеюся, когда стороны не пришли къ полному соглашенію, необходимому для силы сдѣлки. Такъ, если никто изъ явившихся на торги не сдѣлаетъ надбавки противъ оцѣнки, сдѣлка должна быть признана несостоявшеюся; если же, по окончаніи торговъ, покупщикомъ окажется лицо недѣеспособное, то сдѣлка, хотя и состоявшаяся, будетъ признана недѣйствительною (уст. гр. суд., ст. 1062 п. 2 и ст. 1069). Законъ самъ допускаетъ смѣшеніе, признавая, что даръ почитается недѣйствительнымъ, когда отъ него отречется тотъ, кому онъ назначенъ (т. X ч. 1 ст. 973), тогда какъ здѣсь можетъ быть рѣчь только о сдѣлкѣ несостоявшейся.

Если сторона или стороны сами убѣждены въ наличности всѣхъ необходимыхъ частей сдѣлки, а между тѣмъ она недѣйствительна вслѣдствіе недостатка какой-либо изъ нихъ, то сдѣлка называется *мнимой*, потому что стороны мнятъ, что они достигли желаннаго юридическаго результата. Самообманъ сторонъ вызываетъ иногда особое снисхожденіе закона къ такимъ сдѣлкамъ, относительно силы которыхъ стороны добросовѣстно заблуждались, напр., относительно брака (т. X ч. 1 ст. 133; см. неправильное смѣшеніе мнимыхъ и притворныхъ сдѣлокъ въ кас. рѣш. 1891, № 62, и столь же неправильное разграниченіе ихъ въ кас. рѣш. 1901, № 45).

Недѣйствительность сдѣлки бываетъ двоякаго рода. а) Абсолютная недѣйствительность или *ничтожность* сдѣлки признается тогда, когда она по закону не производитъ предположенныхъ юридическихъ послѣдствій, какъ будто стороны не совершали никакого юридическаго акта. Если сдѣлка признается ничтожной, то нѣтъ необходимости опровергать незаконную сдѣлку. Напр., завѣщано заповѣдное имѣніе помимо установленнаго наслѣдника: послѣдній можетъ просить объ утвержденіи его въ правахъ наслѣдства, не опровергая оставленнаго завѣщанія. Но, конечно, если наслѣдникъ по завѣщанію успѣлъ раньше добиться утвержденія завѣщанія, то законному наслѣднику приходится опровергать основаніе судебнаго опредѣленія. Никакая давность не въ состояніи придать ничтожной сдѣлкѣ юридическую силу. b) Въ противоположность ничтожности, относительная недѣйствительность или *опровержимость* не лишаетъ сдѣлку саму по себѣ юридическихъ послѣдствій, а

приводитъ къ этому результату только по иску или возраженію заинтересованнаго лица. Если при ничтожности предположенныя юридическія послѣдствія не наступаютъ силою закона, то при опровержимости наступившія уже юридическія послѣдствія отпадаютъ силою судебнаго рѣшенія. Сдѣлка какъ при ничтожности, такъ и при опровержимости недѣйствительна, но во второмъ случаѣ она считается дѣйствительною, пока не будетъ опровергнута, такъ что при молчаніи заинтересованнаго лица сдѣлка можетъ сохранить полную свою силу. Примѣромъ опровержимости служитъ дареніе, совершонное несостоятельнымъ передъ открытіемъ конкурса, когда дѣла его уже находились въ разстроенномъ положеніи. Кредиторы имѣютъ право опровергнуть дѣйствительность такой сдѣлки и требовать возвращенія дара (уст. суд. торгов. ст. 460). Право опровергать сдѣлку можетъ быть, какъ и всякое иное право, утрачено по давности. Различіе между опровержимыми и ничтожными сдѣлками основывается на томъ, какіе интересы имѣетъ въ виду законъ, устанавливающій недѣйствительность: исключительно ли интересъ частнаго лица или же также интересъ всего оборота, самихъ участниковъ сдѣлки или также третьихъ лицъ.

Недѣйствительная сдѣлка не производитъ тѣхъ юридическихъ послѣдствій, которыхъ предполагалось достигнуть совершеніемъ ея. За то недѣйствительная сдѣлка можетъ привести къ другимъ юридическимъ послѣдствіямъ. Такъ какъ сдѣлка недѣйствительна, то все должно быть возстановлено въ то положеніе, въ какомъ находилось до совершенія сдѣлки. Все, что на основаніи сдѣлки было передано однимъ лицомъ другому, должно быть возвращено по принадлежности. Если недѣйствительная сдѣлка совершена была подъ вліяніемъ принужденія или обмана, то виновное въ томъ лицо несетъ на себѣ имущественную отвѣтственность за весь причиненный ущербъ, а нерѣдко также несетъ и уголовное наказаніе.

Если сдѣлка недѣйствительна не во всемъ своемъ содержаніи, а только въ отдѣльной части, то слѣдуетъ различать, можетъ ли эта часть быть извлечена изъ состава сдѣлки безъ нарушенія существа цѣлаго или нѣтъ. Во второмъ случаѣ *частичная недѣйствительность* влечетъ недѣйствительность всей сдѣлки. Напротивъ, въ первомъ случаѣ недѣйствительная часть отпадаетъ, не касаясь всего остального содержанія сдѣлки. Законъ выражаетъ это прямо относительно завѣщаній: если въ

завѣщаніи допущены распоряженія, законамъ противныя, то эти распоряженія недѣйствительны, но при этомъ всѣ другія распоряженія, законамъ непротивныя, остаются въ своей силѣ (т. X ч. 1 ст. 1029). Тотъ же результатъ долженъ быть признанъ и въ отношеніи всѣхъ другихъ сдѣлокъ (кас. рѣш. 1876, № 342).

§ 16.

Представительство.

Литература: Нерсесовъ, *Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ*, 1878; Гордонъ, *Представительство въ гражданскомъ правѣ*, 1879; Гордонъ, *Представительство безъ полномочія*, 1893; Гамбаровъ, *Добровольная и безвозмездная дѣятельность въ чужомъ интересѣ внѣ договорнаго отношенія и не по предписанію закона*, 1880: Евецкій, *О представительствѣ при заключеніи юридическихъ сдѣлокъ*, 1878; Казанцевъ, *Ученіе о представительствѣ въ гражданскомъ правѣ*, 1879.

I. Понятіе о представительствѣ. Нормальнымъ представляется такой порядокъ, когда каждый самъ совершаетъ юридическія сдѣлки, направленныя въ его пользу. Однако, существуетъ цѣлый рядъ препятствій къ такого рода самостоятельности, которыя можно преодолѣть допущеніемъ замѣны однихъ лицъ другими въ юридической дѣятельности. Существуютъ лица, которыя по закону не въ состояніи сами совершать сдѣлки— малолѣтніе, сумасшедшіе. Существуютъ и чисто фактическія затрудненія, какъ: болѣзнь, отдаленность мѣста жительства отъ мѣста дѣятельности, неопытность и незнакомство съ дѣломъ и т. п. Интересы всѣхъ этихъ лицъ сильно страдали бы, если бы на помощь имъ не явился институтъ представительства.

Представительствомъ въ гражданскомъ правѣ называется такое отношеніе, въ силу котораго послѣдствія сдѣлокъ, совершаемыхъ однимъ лицомъ отъ имени другого, непосредственно переносятся на послѣднее. Лицо, совершающее сдѣлку въ чужомъ интересѣ, называется представителемъ; лицо, въ чьемъ интересѣ совершается сдѣлка,—представляемымъ; лица, съ которыми представитель заключаетъ сдѣлку въ интересѣ представляемаго,—третьими лицами.

а. Представительство характеризуется прежде всего тѣмъ, что представитель *совершаетъ юридическія сдѣлки* въ интересѣ другого лица. Этимъ признакомъ юридической дѣятельности представительство отличается отъ всѣхъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ одинъ замѣняетъ другого или содѣйствуетъ ему.

Съ этой точки зрѣнія не будутъ представителями: воспитатель дѣтей, защитникъ на уголовномъ процессѣ, инженеръ, наблюдающій за техническою частью на фабричныхъ работахъ. Не могутъ быть признаны представителями маклеры, агенты, которые содѣйствуютъ заключенію сдѣлокъ путемъ сближенія взаимно заинтересованныхъ лицъ, но сами сдѣлокъ не заключаютъ. Всѣ юридическія сдѣлки могутъ быть совершаемы черезъ представителей, насколько закономъ не установлены исключенія. Недопустимо представительство: при совершеніи брака (т. X ч. 1, ст. 31, т. XI ч. 1, ст. 305), при узаконеніи дѣтей (уст. гражд. судопр. ст. 1460[1]), при составленіи духовныхъ завѣщаній (т. X ч. 1, ст. 1036[1] и 1046).

b. При совершеніи юридической сдѣлки представитель *выражаетъ свою волю*, а не волю представляемаго лица. Представителю дана цѣль, соотвѣтствующая интересамъ представляемаго, и отъ его воли зависитъ избрать средство, наиболѣе согласное съ этою цѣлью. Съ этой точки зрѣнія не будетъ представителемъ посланный, роль котораго ограничивается передачею воли другого. Назначеніе посланнаго—по возможности точно передать волю пославшаго его. Такой посланный, являясь средствомъ передачи воли, представляетъ собою не болѣе, какъ живое письмо. Напр., посылается лакей въ цвѣточный магазинъ, чтобы заказать къ опредѣленному дню букетъ на опредѣленную цѣну. По этой же причинѣ не будетъ представителемъ нотаріусъ, агентъ власти, который дѣлаетъ отъ одного лица другому какое-либо заявленіе, напр., о прекращеніи договора, потому что онъ только официально удостовѣряетъ фактъ произведеннаго волеизъявленія. Конечно, воля представителя можетъ быть такъ стѣснена данными ему инструкціями, что можетъ даже возникнуть затрудненіе въ отличіи его отъ посланнаго. Это обнаруживается нерѣдко въ дѣятельности приказчиковъ.

c. При совершеніи юридическихъ сдѣлокъ въ интересѣ представляемаго представитель *дѣйствуетъ отъ имени представляемаго*. Съ этой точки зрѣнія представитель отличается отъ коммиссіонера, который совершаетъ юридическія сдѣлки также въ интересѣ другого, коммитента, но отъ своего имени (по Прод. 1910, т. XI ч. 2, уст. торг. ст. 54[1]). Общее у нихъ то, что оба совершаютъ сдѣлки за чужой счетъ, но существенное различіе между ними то, что одинъ прямо показываетъ, кто заинтересованъ въ сдѣлкѣ, тогда какъ другой прикрываетъ

собою стоящее за нимъ заинтересованное лицо. Поэтому и практическія послѣдствія того и другого отношенія различны, особенно при несостоятельности. Требованіе совершенія сдѣлки отъ имени представляемаго не значитъ, что при заключеніи каждой сдѣлки необходимо упоминать объ имени. Самая обстановка сдѣлки способствуетъ указанію, какъ заключалась сдѣлка и имѣли ли контрагенты въ виду лицо представляемое. Такъ, напр., управляющій домомъ отдаетъ квартиры, ремонтируетъ ихъ, получаетъ наемную плату съ жильцовъ дома, принадлежащаго хозяину. Эти дѣйствія не могутъ быть истолкованы иначе, какъ въ смыслѣ совершенія ихъ въ пользу представляемаго и отъ его имени, хотя бы имя его не упоминалось ни разу. Наоборотъ, предположимъ, что опекунъ, живущій вмѣстѣ съ малолѣтними, покупаетъ мебель для квартиры,—здѣсь обстановка сдѣлки не показываетъ, чтобы покупка была совершена въ интересѣ малолѣтнихъ. Вексель чуждъ обстановкѣ, а потому при выдачѣ векселя всегда слѣдуетъ указывать, отъ имени кого онъ выдается.

Изъ указанныхъ признаковъ представительства самъ собою вытекаетъ отвѣтъ на вопросъ, можетъ ли лицо, дѣйствующее въ качествѣ представителя, заключить въ интересѣ представляемаго сдѣлку съ самимъ собою? Напр., опекунъ покупаетъ у самого себя лѣсъ для постройки дома въ имѣніи малолѣтняго. Такъ какъ представитель долженъ направить свою волю въ сторону наибольшого соотвѣтствія съ интересами представляемаго, и, такъ какъ въ то же время никто не въ состояніи отрѣшиться отъ своихъ собственныхъ интересовъ, то возможная коллизія интересовъ приводитъ только къ отрицательному отвѣту на поставленный вопросъ, хотя нѣкоторые юристы, какъ, напр., Кромэ, держатся противоположнаго взгляда. Германское гражданское уложеніе запрещаетъ представителю заключать сдѣлки отъ имени представляемаго съ собою лично, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда это ему прямо дозволено или, если актъ сводится къ исполненію обязательства (§ 181).

II. Дѣйствіе представительства. Сущность представительства сводится къ тому, что *по сдѣлкѣ, заключенной представителемъ, права и обязанности устанавливаются непосредственно въ лицѣ представляемаго.* По сдѣлкѣ, въ которой контрагентомъ былъ представитель, субъектомъ правъ и обязанностей признается представляемое лицо. Сдѣлка представителя—это юридическій фактъ, вызывающій такое отношеніе,

активнымъ и пассивнымъ субъектами котораго становятся третье и представляемое лица. Отношеніе возникаетъ по волѣ представителя, но черезъ его голову, и представитель остается внѣ отношенія, не пріобрѣтаетъ никакихъ правъ и не несетъ никакихъ обязанностей. Непосредственный переходъ на представляемаго правъ и обязанностей по сдѣлкѣ, заключенной представителемъ, признается новѣйшими законодательствами (франц. гражд. код. § 1998, герм. гражд. улож. § 164). Та же идея можетъ быть выведена у насъ изъ ст. 2326 т. X ч. 1, по которой все, сдѣланное повѣреннымъ на основаніи данной ему довѣренности, хотя бы то было и ко вреду довѣрителя, остается въ своей силѣ.

Такъ какъ субъектомъ правъ и обязанностей по сдѣлкѣ, заключенной представителемъ, признается представляемое лицо, то отъ него, а не отъ представителя, требуется правоспособность (т. X ч. 1, ст. 2193). Поэтому сдѣлка будетъ недѣйствительна, если лицо русскаго происхожденія, въ качествѣ представителя, покупаетъ въ Кіевской губерніи землю отъ имени лица польскаго происхожденія, и, наоборотъ, она будетъ дѣйствительна, если лицо польскаго происхожденія, въ качествѣ представителя, покупаетъ ту же землю отъ имени лица русскаго происхожденія. Когда законъ запрещаетъ дѣеспособному лицу вступать въ какое-либо спеціальное обязательство, то это препятствіе должно разсматриваться съ точки зрѣнія представляемаго. Напр., вексель, выданный замужнею женщиною безъ согласія мужа по представительству отъ имени купца, будетъ вполнѣ дѣйствительнымъ, но въ обратномъ случаѣ обязательство не будетъ имѣть вексельной силы. Что касается представителя, являющагося въ сдѣлкѣ контрагентомъ, то отъ него требуется общая дѣеспособность, не ограниченная по соображенію недостатка воли, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи малолѣтнихъ и душевно-больныхъ. Представителями могутъ быть всѣ, кому по закону не воспрещено вступать въ договоры (т. X ч. 1, ст. 2194). Несовершеннолѣтнимъ законъ не запрещаетъ вступать въ договоры самостоятельно, насколько дѣло идетъ объ управленіи ихъ имуществомъ, а потому за ними слѣдуетъ признать способность быть представителями другихъ. Сдѣлка, заключенная несовершеннолѣтнимъ въ качествѣ представителя, не можетъ быть опровергаема ни со стороны представляемаго или третьяго лицъ, потому что не ихъ интересы охраняетъ законъ, ни со стороны самого несо-

вершеннолѣтняго, потому что его интересы не затрагиваются вовсе сдѣлкой. Только судебное представительство прямо преграждено закономъ лицамъ не достигшимъ совершеннолѣтія (уст. гражд. суд. ст. 45, п. 1 и 246, п. 2). Точно также должно быть обсуждаемо представительство расточителей и несостоятельныхъ, выступающихъ отъ имени правоспособныхъ и дѣеспособныхъ лицъ.

Такъ какъ въ разсматриваемомъ отношеніи дѣло идетъ о представительствѣ интересовъ, а не о представительствѣ воли, то представитель дѣйствуетъ въ сдѣлкѣ самъ, а не имъ дѣйствуетъ представляемый. А отсюда слѣдуетъ, что мотивы воли, какъ заблужденіе, принужденіе или обманъ, должны быть обсуждаемы со стороны представителя, а не представляемаго.

III. Ограниченіе отъ другихъ отношеній. Установивъ, такимъ образомъ, понятіе о представительствѣ, необходимо разграничить его съ понятіями смежныхъ отношеній. a) Нѣкоторое сходство замѣчается между представительствомъ и поручительствомъ: какъ въ томъ, такъ и въ другомъ одно лицо отвѣчаетъ за другое, представляемый — за представителя, а поручитель—за главнаго должника. Но сходство это только внѣшнее, хотя оно и подало поводъ нашему законодательству смѣшать эти два понятія и назвать поручительствомъ то, что является представительствомъ (пол. о каз. подр. и пост. ст. 80 п. 1 и приложеніе). Отвѣтственность дворянскаго общества за дѣйствія своихъ уполномоченныхъ по заключенію съ казною подрядовъ и поставокъ ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть подведена подъ понятіе о поручительствѣ. Въ дѣйствительности по сдѣлкѣ, заключенной представителемъ, устанавливается только одно отношеніе между представляемымъ и третьимъ лицомъ; напротивъ, въ силу поручительства устанавливаются одновременно три отношенія, и поручитель отвѣчаетъ только вслѣдствіе неисполнительности со стороны главнаго должника. b) Близость существуетъ также между представительствомъ и договоромъ въ пользу третьихъ лицъ: какъ въ томъ, такъ и въ другомъ одно лицо совершаетъ сдѣлку въ пользу другого. Однако, различіе между ними существенно. Представитель совершаетъ сдѣлку отъ имени другого; напротивъ, договоръ въ пользу третьихъ лицъ совершается отъ лица, заключающаго его (напр., страхованіе жизни въ пользу жены или дѣтей). Представитель своею сдѣлкою не только устанавливаетъ для представляемаго права, но и обязанности, тогда какъ въ силу

договора въ пользу третьихъ лицъ послѣднимъ можно дать права, но не обязать ихъ.

IV. Основаніе представительства. Основаніемъ, въ силу котораго возникаетъ представительство, являются законъ или договоръ. Соотвѣтственно тому, представительство въ силу закона называется законнымъ или необходимымъ, а въ силу соглашенія—договорнымъ или добровольнымъ.

1. *Законное представительство* возникаетъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицо лишено дѣеспособности, и представительство имѣетъ своею цѣлью восполнить этотъ недостатокъ. Таковы случаи опеки надъ малолѣтними, сумасшедшими, глухонѣмыми, расточителями. Юридическое лицо имѣетъ представителей въ видѣ органа, избраніе котораго основывается на предписаніи закона. Порядокъ избранія законныхъ представивителей и объемъ ихъ полномочія опредѣляется закономъ или уставомъ.

2. *Договорное представительство* является всякій разъ, когда лицо, способное и само вступать въ юридическія отношенія, предоставляетъ другому, по соглашенію съ нимъ, право заключать сдѣлки отъ имени представляемаго. Въ основѣ такого добровольно устанавливаемаго отношенія между представителемъ и представляемымъ лежитъ договоръ довѣренности.

Но возможны случаи, когда одно лицо совершаетъ сдѣлки въ интересѣ другого и отъ его имени, не имѣя на то законнаго основанія, т.-е. не будучи назначено надлежащею властью и не будучи уполномочено на то по договору. Мотивомъ, побуждающимъ къ такой непризванной дѣятельности, являются, дружба, связь интересовъ, напр., во время продолжительнаго отсутствія домовладѣльца домъ его потерпѣлъ поврежденія, грозящія всему строенію, и сосѣдъ взялъ на себя отъ его имени произвести необходимыя поправки. Возможно, что причиною такого выступленія отъ имени другого лица оказывается ошибка со стороны лица, мнившаго, что онъ уполномоченъ на извѣстныя дѣйствія. Такое отношеніе называется обыкновенно *фактическимъ представительствомъ*, и основаніе, которое приравниваетъ его къ настоящему представительству, состоитъ въ послѣдующемъ одобреніи со стороны того лица, въ чьемъ интересѣ была совершена сдѣлка (кас. рѣш. 1892, № 93). Сдѣлка оказываетъ дѣйствіе не со времени послѣдовавшаго согласія, а съ момента ея совершенія, слѣдовательно пріобрѣтаетъ обратную силу, что вполнѣ согласуется съ намѣ-

реніемъ всѣхъ лицъ, участвовавшихъ въ ея заключеніи. Послѣдующее согласіе можетъ быть явно выражено или можетъ также быть выведено изъ дѣйствій, т.-е. то лицо, въ интересѣ котораго была совершена сдѣлка, можетъ или прямо одобрить дѣйствія лица, взявшаго на себя роль представителя, и принять ихъ на свой счетъ, или присвоить себѣ результаты, вытекающіе изъ дѣйствій этого лица (кас. рѣш. 1879, № 141).

V. Полномочіе. Кругъ сдѣлокъ, разрѣшенныхъ представителю, называется полномочіемъ. Оно устанавливается закономъ, уставомъ или же довѣренностью. Каждая сдѣлка, не выходящая изъ этого круга, совершонная представителемъ, обязательна для представляемаго. Но возможны случаи, когда представитель выйдетъ за границы, очерченныя даннымъ ему полномочіемъ. Для опредѣленія послѣдствій такихъ сдѣлокъ необходимо различать, было ли извѣстно третьему лицу это обстоятельство при совершеніи сдѣлки, или нѣтъ.

1. Если третье лицо знало, что заключаемая сдѣлка выходитъ за предѣлы даннаго полномочія, то оно завѣдомо совершало сдѣлку противъ воли представляемаго, а потому сдѣлка, за несоотвѣтствіемъ воли контрагентовъ, должна быть признана ничтожной.

2. Если же третье лицо не знало о томъ, что сдѣлка выходитъ за предѣлы даннаго полномочія, то необходимо принять въ соображеніе, вышла ли заключенная сдѣлка изъ круга сдѣлокъ, обыкновенно допускаемыхъ въ подобныхъ случаяхъ представителю, или же не вышла. а) Во многихъ случаяхъ третьи лица не имѣютъ возможности опредѣлить съ точностью объемъ полномочія, напр., относительно управляющаго имѣніемъ, торговаго довѣреннаго, которыя завѣдуютъ дѣлами безъ письменнаго акта довѣренности. Третьи лица въ правѣ предполагать такихъ представителей уполномоченными на совершеніе всѣхъ тѣхъ сдѣлокъ, которыя необходимы для осуществленія основной цѣли представительства. Было бы въ высшей степени несправедливо подвергать третьихъ лицъ опасности опроверженія сдѣлки со стороны представляемаго подъ тѣмъ предлогомъ, что она выходитъ за предѣлы полномочія, когда сдѣлка оказалась для него невыгодною. Поэтому наша практика держится взгляда, что для признанія представителя переступившимъ предѣлы полномочія недостаточно установленія того факта, что въ актѣ довѣренности не упомянуто о предоставленіи представителю права на совершеніе извѣстной сдѣлки, оспариваемой представляе-

мымъ; необходимо разсмотрѣть, не слѣдуетъ ли оспоренную сдѣлку, хотя въ довѣренности буквально не указанную, отнести къ числу такихъ, которыя вытекаютъ изъ опредѣленныхъ довѣренностью отношеній представителя къ представляемому и потому не могутъ быть признаны сдѣлками, выходящими изъ предѣловъ полномочія (кас. рѣш. 1869, № 63; 1894, № 63). b) Напротивъ, если сдѣлка выходитъ изъ указанныхъ границъ, то со стороны третьяго лица является неизвинительнымъ заблужденіемъ вступать въ такую сдѣлку, не заручившись согласіемъ представляемаго, а потому такая сдѣлка не можетъ быть обязательной для послѣдняго.

§ 17.

Исковая давность.

Литература: Энгельманъ, *О давности по русскому гражданскому праву*, 3 изд. 1900; Боровиковскій, *Давность* (Отчетъ судьи, т. 2), 1892; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. I, изд. 1899, стр. 652—698; Змирловъ, *Пріостановленіе и перерывъ исковой давности вообще и по желѣзнодорожнымъ дѣламъ въ частности* („Ж. М. Ю.“ 1895, декабрь); Любавскій, *О давности въ гражданскихъ дѣлахъ* („Юрид. Моногр. и изслѣд.“, т. I, 1867, стр. 115—209); Гуляевъ, *Общій срокъ земской давности* („Ж. М. Ю.“ 1900, №№ 7 и 8); Полетаевъ, *Давность виндикаціи* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1893, № 5).

I. Понятіе о давности. Среди юридическихъ фактовъ, точнѣе событій, важное мѣсто по своему значенію занимаетъ время. Юридическія отношенія устанавливаются и прекращаются съ наступленіемъ извѣстнаго момента времени. Истеченіе извѣстнаго количества времени вліяетъ также на опредѣленіе взаимныхъ правъ и обязанностей, напр., протеченіе нѣкотораго количества времени отъ рожденія человѣка (возрастъ) открываетъ дѣеспособность лица. Нерѣдко самое право зависитъ отъ осуществленія его въ теченіе установленнаго времени, напр., выданная привилегія на промышленныя изобрѣтенія утрачивается, если изобрѣтеніе не приведено въ исполненіе въ извѣстный срокъ. Процессуальная защита права построена на соблюденіи сроковъ. Наконецъ, нерѣдко фактическія отношенія, сложившіяся по образу юридическихъ, съ теченіемъ времени пріобрѣтаютъ юридическій характеръ.

Особенно важное значеніе имѣетъ, какъ юридическій фактъ, давность, т.-е. истеченіе извѣстнаго количества времени, кото-

рое, при наличности другихъ еще условій, способно прекратить юридическое отношеніе, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ превратить фактическое состояніе въ юридическое отношеніе.

Каково же соціальное *основаніе давности*, способной производить такія юридическія послѣдствія? Само по себѣ время, какъ бы оно ни было продолжительно, не можетъ имѣть вліянія на юридическія отношенія. Если лицо утрачиваетъ права вслѣдствіе неосуществленія ихъ въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени, то это не можетъ быть объясняемо прирожденнымъ человѣку уваженіемъ къ сложившемуся и продолжающемуся порядку (Виндшейдъ). Нельзя видѣть основанія давности въ желаніи законодателя наказать субъекта права за нерадѣніе къ нему (Мейеръ), потому что сущность гражданскихъ правъ заключается въ полной свободѣ осуществленія ихъ, и неосуществленіе права, хотя бы и продолжительное, не составляетъ противозаконнаго дѣйствія. Выставляютъ основаніемъ предполагаемое отреченіе отъ права (Крахфельдтъ), безмолвное отреченіе, какъ выражается нашъ Сенатъ (кас. рѣш. 1906, № 42), но непользованіе правомъ не можетъ внушить такой мысли, потому что въ видимомъ непользованіи можетъ заключаться пользованіе, напр., богатый землевладѣлецъ оставляетъ участокъ истощенной земли безъ обработки для укрѣпленія производительныхъ силъ, допуская въ то же время сосѣднихъ крестьянъ косить траву на этой землѣ. При залежномъ хозяйствѣ въ какой-нибудь Уфимской или Оренбургской губерніи земля нерѣдко остается безъ обработки лѣтъ 15—20. Дѣйствительное основаніе давности заключается въ томъ, что общество нуждается въ прочномъ порядкѣ, и всякая неопредѣленность отношеній, способная колебать пріобрѣтаемыя права, возбуждаетъ противъ себя протестъ. На этомъ основывается ограниченіе собственника при строгомъ осуществленіи его права собственности въ торговомъ оборотѣ, на этомъ же основывается и давность. Съ теченіемъ времени утрачиваются доказательства, умираютъ свидѣтели; и возбужденный черезъ много лѣтъ споръ способенъ нарушить цѣлый рядъ установившихся отношеній. По волѣ законодателя время прекращаетъ такую неопредѣленность.

Правильность выставленнаго основанія подтверждается между прочимъ и тѣмъ еще обстоятельствомъ, что въ соотвѣтствіи съ большею опредѣленностью юридическихъ отношеній увеличиваются сроки давности. Въ мало цивилизованномъ обществѣ

сроки давности обыкновенно весьма кратки, по мѣрѣ развитія общества они удлиняются. Это явленіе наблюдается въ исторіи римскаго права. По закону XII таблицъ, срокъ давности владѣнія былъ 2 года для недвижимостей и 1 годъ для движимости (usucapio). Въ законодательствѣ Юстиніана эти сроки удлиняются до 10 лѣтъ для недвижимости и 3 лѣтъ для движимости, а рядомъ съ тѣмъ устанавливаются еще болѣе длинные сроки на особые случаи. Для исковой давности по преторскому эдикту введенъ былъ годовой срокъ, а позднѣе, въ императорскій періодъ, установленъ 30-тилѣтній срокъ. То же самое наблюдается въ исторіи германскаго права. Въ эпоху переселенія народовъ у германцевъ дѣйствуетъ годовой съ днемъ срокъ давности (Jahr und Tag). Съ теченіемъ времени римскіе сроки давности взяли верхъ надъ германскимъ.

Такое же удлиненіе сроковъ встрѣчаемъ и въ исторіи русскаго права. Судебники устанавливаютъ въ спорахъ между частными лицами давностный срокъ въ 3 года, очевидно, въ связи съ господствовавшей трехпольной системой сельскаго хозяйства. Только иски великаго князя погашались временемъ двойного сѣвооборота, т.-е. 6-тилѣтнимъ срокомъ. Позднѣе въ московскомъ государствѣ не существовало сколько-нибудь опредѣленной исковой давности. Встрѣчаются указанія на 15-тилѣтнюю давность для обязательствъ, на 40-лѣтнюю для исковъ о правѣ собственности на землю, но слабое ихъ примѣненіе въ жизни обнаруживается изъ того, что къ XVIII столѣтію о нихъ совершенно забываютъ, и манифестомъ 1787 года 10-тилѣтняя исковая давность вводится какъ совершенно новая «милость».

Тамъ, гдѣ сомнѣніе невозможно, гдѣ, несмотря на какое угодно время, дѣйствительное право можетъ быть легко доказано, тамъ давность не имѣетъ примѣненія. Такое устраненіе вліянія давности обнаруживается въ тѣхъ странахъ, гдѣ введены ипотечныя книги. Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ неопредѣленность отношеній особенно опасна, устанавливаются сокращенные сроки давности.

II. Виды давности. Въ XVIII столѣтіи юристы стремились установить общее понятіе о давности, въ силу которой пріобрѣтенію права соотвѣтствовала бы потеря, и, наоборотъ, выставляли положеніе, будто все то, что̀ можетъ быть вообще пріобрѣтаемо, можно пріобрѣсти и по давности. Основываясь на этомъ взглядѣ, различали давность *пріобрѣтательную* и

погасительную, ставя ихъ въ постоянное взаимодѣйствіе. Подъ вліяніемъ такого ошибочнаго представленія сложились нормы о давности въ австрійскомъ уложеніи 1811 года (§§ 1452 и 1453). И нашъ Сенатъ держится того мнѣнія, что «въ юридической давности надлежитъ различать двѣ стороны: давность погасительную и давность пріобрѣтательную» (кас. рѣш., 1910, № 112). Но въ настоящее время эта точка зрѣнія оставлена,— признано, что подобнаго соотвѣтствія въ давности не существуетъ. Дѣйствительно, почти всѣ права могутъ быть потеряны съ истеченіемъ давностнаго срока, но пріобрѣсти можно только право собственности, сервитуты,— обязательственныя же, наслѣдственныя, права личной власти теченіемъ времени не пріобрѣтаются. Пріобрѣтеніе кѣмъ-либо права собственности на земельный участокъ по давности владѣнія необходимо сопровождается потерею того же права со стороны прежняго собственника. Потеря всякаго иного права, кромѣ права собственности, соединяется съ соотвѣтствующею выгодою для другого лица, но не съ возникновеніемъ права. Если кредиторъ своевременно не потребовалъ отъ должника долга, то онъ потерялъ свое право, но должникъ не пріобрѣлъ права, а сохранилъ только экономическую цѣнность въ своемъ хозяйствѣ. Если за давностью утрачивается право на сервитутъ, то собственникъ, несомнѣнно, получаетъ отъ этого хозяйственную выгоду, но не пріобрѣтаетъ никакого новаго права.

Поэтому, отвергая возможность отвлеченной давности, охватывающей всѣ случаи, теперь различаютъ исковую давность, въ силу которой права утрачиваются, и давность владѣнія, которая ведетъ къ пріобрѣтенію права собственности. Это не двѣ стороны одного и того же правового института, это два правовыхъ института, построенныхъ на одномъ и томъ же основаніи—устраненіи юридической неопредѣленности путемъ превращенія длящагося факта въ право. Объ исковой давности необходимо сказать въ общей части, насколько въ прекращеніи различныхъ правъ имѣются общія черты, тогда какъ пріобрѣтательной давности мѣсто въ отдѣлѣ о вещныхъ правахъ, когда рѣчь пойдетъ о способахъ пріобрѣтенія права собственности.

Подъ именемъ *исковой давности* понимается потеря права обращаться къ судебной защитѣ посредствомъ иска по неосуществленію права въ теченіе установленнаго закономъ времени. Дѣйствію давности подлежатъ, однако, не всѣ права. Она не оказываетъ вліянія на права семейственныя, на права личныя;

такъ, право доказывать законность рожденія не прекращается никакою давностью (уст. гр. суд. ст. 1347); никакая давность не преграждаетъ возможности отыскиванія принадлежащихъ кому-либо правъ состоянія, если они по недоразумѣнію не признавались (т. IX ст. 13); не теряется за давностью право родителей требовать возвращенія дѣтей отъ постороннихъ лицъ, незаконно ихъ задерживающихъ. Дѣйствію давности подлежатъ главнымъ образомъ имущественныя права, за слѣдующими исключеніями: имѣнія заповѣдныя не подлежатъ дѣйствію земской давности, въ случаѣ неправильнаго ими, или же частью ихъ, завладѣнія (т. X ч. 1, ст. 564); пропущеніемъ 10-лѣтней давности не лишаются какъ самъ вдовецъ или сама вдова, такъ и наслѣдники ихъ, права требовать указной части изъ имущества умершаго супруга, если только просьба о выдѣлѣ подана при жизни вдоваго супруга (т. X ч. 1, ст. 1151 и 1153).

III. Начало теченія давности. Моментомъ, съ котораго начинается теченіе давностнаго срока, признается тотъ, когда возникаетъ поводъ для предъявленія иска. Слѣдовательно, относительно вещныхъ правъ такимъ моментомъ является нарушеніе права т.-е. завладѣніе вещью (кас. рѣш. 1903, № 30). Право собственника требовать возвращенія принадлежащей ему вещи возникаетъ по поводу завладѣнія ею со стороны отвѣтчика. Поэтому, когда бы собственникъ въ теченіе 14 лѣтъ не проявлялъ никакаго хозяйственнаго отношенія къ вещи, ему все же не можетъ быть противопоставлено возраженіе объ истеченіи исковой давности со стороны отвѣтчика, владѣющаго менѣе 10 лѣтъ, потому что теченіе давности начинается съ момента нарушенія права, каковымъ является для каждаго отвѣтчика завладѣніе имъ чужою вещью. Отсюда слѣдуетъ, что право собственности утрачивается по исковой давности не ранѣе, какъ будетъ пріобрѣтено кѣмъ-либо право собственности на ту же вещь по давности владѣнія. Въ правахъ относительныхъ теченіе давности начинается съ момента, когда обязательство должно бы быть исполнено, но не было исполнено, или было совершено дѣйствіе, противоположное обязательству. По срочнымъ и условнымъ сдѣлкамъ давность начинается съ наступленіемъ срока или условія. При періодическомъ исполненіи, напр., при платежѣ арендной платы, процентовъ, теченіе давности слѣдуетъ исчислять отдѣльно по каждому просроченному платежу (кас. рѣш. 1880, № 296). Если же дѣло идетъ о платежѣ капитала по частямъ, то давность слѣдовало бы

исчислять со времени, когда должна была наступить послѣдующая уплата. Но, наше законодательство даетъ иное рѣшеніе, предлагая считать давность съ того дня, въ который совершена была послѣдняя уплата (т. X ч. 1 ст. 1550). При безсрочныхъ обязательствахъ, когда исполненіе можетъ быть потребовано каждую минуту, теченіе давности считается со времени предъявленнаго требованія объ исполненіи (т. X ч. 1, ст. 1549).

IV. Пріостановка давности. Съ этого времени теченіе давности идетъ непрерывно. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ допускаетъ пріостановку давности, такъ что дальнѣйшее теченіе ея останавливастся на все время, пока существуетъ законное препятствіе, и давность какъ бы замираетъ въ своемъ теченіи. Самое важное обстоятельство, производящее такое пріостановленіе, составляетъ недѣеспособность того лица, которое является субъектомъ неосуществляемаго права. Если наслѣдникъ или преемникъ права будетъ несовершеннолѣтній, то на все время несовершеннолѣтія его теченіе давности пріоставливается. Съ достиженіемъ же совершеннолѣтія ему предоставляется только оставшееся отъ его предшественника время, но во всякомъ случаѣ не менѣе 2 лѣтъ (т. X ч. 1. ст. 694, прил. ст. 2. п. 1). Представимъ себѣ, что въ наслѣдственной массѣ имѣется заемное письмо, по которому срокъ платежа наступилъ за 8 лѣтъ до смерти наслѣдодателя. Если наслѣднику его только 5 лѣтъ, то въ продолженіе 16 лѣтъ давность пріостанавливается. Съ наступленіемъ совершеннолѣтія наслѣднику остается еще 2 года для предъявленія заемнаго письма ко взысканію. Продолжая логически мысль закона, необходимо признать, что пріостановка давности имѣетъ мѣсто не только тогда, когда дѣло идетъ о правѣ, перешедшемъ къ несовершеннолѣтнему по преемству, но и тогда, когда право впервые возникаетъ въ лицѣ несовершеннолѣтняго, при посредствѣ его законнаго представителя. Такъ именно и взглянула наша практика на этотъ вопросъ (кас. рѣш. 1904, № 21). Законъ, устанавливая льготу для несовершеннолѣтнихъ, не дѣлаетъ различія между общимъ срокомъ исковой давности и краткими и, напротивъ, по исключенію особо указываетъ на то, что льгота не распространяется на иски, предъявляемые къ желѣзнымъ дорогамъ о вознагражденіи за вредъ (уст. жел. дор. стт. 135 и 137); что теченіе указанныхъ для векселей сроковъ ни въ какомъ случаѣ не пріостанавливается (уст. векс. ст. 76). Отсюда слѣдуетъ заключить, что пріостановка теченія давности въ

пользу несовершеннолѣтняго относится не только къ общему десятилѣтнему сроку, но и къ прочимъ, указаннымъ въ законѣ, краткимъ срокамъ (contra кас. рѣш. 1894, № 111).

Конечно, такое правило нельзя оправдать, потому что у несовершеннолѣтнихъ есть опекуны и попечители, на обязанности которыхъ должно лежать наблюденіе за сроками. Тѣмъ менѣе основанія установлять такую привилегію въ пользу несовершеннолѣтнихъ, имѣющихъ законныхъ представителей, когда самъ же законъ не признаетъ значенія за тѣмъ обстоятельствомъ, что право иска утрачено было виною не самого истца, а его представителя по довѣренности (т. X ч. 1 ст. 694 прил. ст. 5). Указанное основаніе къ пріостановленію теченія давности согласно съ французскимъ законодательствомъ, изъ котораго нашимъ и сдѣлано это неудачное заимствованіе (франц. гражд. код. § 2252).

Въ отношеніи давности къ несовершеннолѣтнимъ приравниваются умалишенные и глухонѣмые наслѣдники и преемники. Пріостановленіе давности прекращается и теченіе ея продолжается, когда, по освидѣтельствованіи въ установленномъ порядкѣ, они будутъ признаны здоровыми и способными изъяснять свои мысли и изъявлять свою волю и по опредѣленію Сената будутъ введены въ управленіе и распоряженіе своими имѣніями (т. X ч. 1 ст. 694, прил. ст. 2 п. 2). Неудобство этого положенія представляется еще болѣе рѣзкимъ, когда умалишенные и глухонѣмые не пріобрѣтутъ до конца жизни сознанія и способности выражать свою волю. Въ практикѣ возникъ вопросъ, распространяется ли правило о пріостановленіи давности на тѣ случаи, когда душевно-больной не былъ освидѣтельствованъ и признанъ таковымъ въ установленномъ порядкѣ. Сенатъ высказалъ, что при пріостановленіи исковой давности для душевно-больныхъ не только конечный, но и начальный моментъ обусловливается официальнымъ признаніемъ факта болѣзни, а не однимъ фактическимъ состояніемъ болѣзненности (кас. рѣш. 1909, № 91).

Помимо недѣеспособности, основаніемъ къ пріостановленію теченія давности является нахожденіе лица въ плѣну или въ походѣ. Но такое послѣдствіе въ связи съ этими обстоятельствами наступаетъ только въ томъ случаѣ, если отсрочка постановлена и объявлена въ установленномъ порядкѣ (т. X ч. 1 ст. 694, прил. ст. 4).

V. Перерывъ давности. Въ противоположность пріостановленію, перерывъ давности не задерживаетъ дальнѣйшаго

теченія ея, но уничтожаетъ значеніе прежняго. Все теченіе давности, имѣвшее мѣсто до наступленія извѣстнаго обстоятельства, лишается всякихъ юридическихъ послѣдствій и открывается возможность только новаго теченія давности. Такое значеніе имѣютъ: a) признаніе права со стороны нарушителя его, напр., должникъ, уклонявшійся отъ платежа занятаго капитала, уплачиваетъ проценты; b) осуществленіе нарушаемаго права, напр., лицо, давшее другому завладѣть его домомъ, производитъ ремонтъ; c) заявленіе претензіи въ конкурсномъ порядкѣ; d) предъявленіе иска со стороны субъекта права въ надлежащее судебное мѣсто (т. X ч. 1 ст. 559). Не прерываетъ давности искъ, поданный не тому суду, которому оно подсудно, напр., подача искового прошенія о недвижимомъ имѣніи земскому начальнику. Такъ же мало значенія имѣютъ: исковое прошеніе, возвращенное или оставленное безъ движенія, если въ установленный срокъ не восполнены были его недостатки (уст. гр. суд., стт. 266 и 269), исковое прошеніе, послѣ подачи котораго возбужденное имъ производство было пріостановлено въ теченіе 3 лѣтъ (уст. гр. суд., стт. 689 и 692); Прерванная давность можетъ возобновить свое теченіе, но она уже не присоединяется къ прежней, а течетъ заново.

VI. Срокъ давности. По истеченіи установленнаго въ законѣ количества времени наступаютъ послѣдствія давности. Общій срокъ давности, называемый земскою (т.-е. гражданскою, частно-правовою, по терминологіи Литовскаго Статута),—10 лѣтъ какъ для движимыхъ, такъ и недвижимыхъ вещей (т. X ч. 1 стт. 565 и 694, прил. ст. 1). Иностранныя законодательства устанавливаютъ болѣе продолжительный срокъ погасительной давности—такъ, по французскому кодексу (§ 2262), по итальянскому (§ 2135), по австрійскому (§ 1479) и по германскому (§ 195) этотъ срокъ—30 лѣтъ. Но, кромѣ общаго 10-лѣтняго срока, въ законодательствѣ нашемъ встрѣчается еще цѣлый рядъ другихъ, болѣе краткихъ сроковъ, изъ которыхъ нѣкоторые будутъ указаны въ отдѣльности.

Сомнѣніе способны возбудить сроки давности, устанавливаемые сторонами по взаимному соглашенію. Договоромъ прежде всего можетъ быть совершенно устранено дѣйствіе давности. Кредиторъ соглашается дать денегъ должнику подъ условіемъ, чтобы послѣдній отказался отъ возможности ссылаться на давность, на случай если кредиторъ своевременно не потребуетъ платежа. Должникъ былъ бы поставленъ въ затруднительное

положеніе такимъ предложеніемъ, потому что отказъ съ его стороны былъ бы равносиленъ сохраненію за собой возможности быть недобросовѣстнымъ. Какова сила подобной сдѣлки? Можно думать, что такое соглашеніе недѣйствительно, какъ направленное къ устраненію закона, который установленъ въ интересѣ общественнаго порядка. Въ пользу такого взгляда, правда, не находится прямого подтвержденія въ нашемъ законодательствѣ, подобнаго тому, какое содержится въ нѣкоторыхъ западныхъ кодексахъ (австр. улож. § 1502). Несомнѣнно, что въ этомъ отношеніи чувствуется пробѣлъ нашего законодательства.

Однако, и съ точки зрѣнія дѣйствующаго русскаго законодательства слѣдуетъ признать недѣйствительность соглашеній, направленныхъ къ удлиненію законныхъ сроковъ давности. Устанавливая извѣстный срокъ исковой давности, десятилѣтній, по общему правилу, законъ имѣетъ въ виду устранить запутанность отношеній, отъ которой могутъ пострадать не только сами контрагенты, но и иныя лица. Съ опредѣленіемъ извѣстнаго срока соединяется предположеніе, что по истеченіи именно даннаго промежутка времени слабѣютъ ясныя черты отношенія, а потому въ общемъ интересѣ удлиненіе срока давности, а тѣмъ болѣе устраненіе ея, не можетъ быть допущено. Этотъ выводъ согласуется съ историческимъ стремленіемъ русскаго законодательства распространить силу 10-лѣтняго срока на всѣ тѣ мѣстности, какъ на Курляндію (1805 г.), на Бессарабію (1823 г.), на Грузію (1827 г.), гдѣ по мѣстнымъ законамъ исковая давность соединялась съ болѣе продолжительнымъ срокомъ.

Возможно соглашеніе и противоположнаго характера, когда стороны устанавливаютъ болѣе краткую давность сравнительно съ закономъ. Подобныя соглашенія весьма нерѣдки, особенно въ практикѣ страховыхъ обществъ. Относительно сокращенія давности по договору нѣтъ никакого основанія возражать съ точки зрѣнія ихъ силы, хотя такія условія вовсе нежелательны въ жизни. Германское право, запрещая удлиненіе давности, не препятствуетъ ея сокращенію по сдѣлкамъ (§ 225); напротивъ, швейцарское право не разрѣшаетъ измѣнять сроки давности ни въ сторону удлиненія, ни въ сторону сокращенія (§ 148). Нашъ Сенатъ, по вопросу о возможности устранить десятилѣтнюю давность по соглашенію при морскомъ страхованіи, примѣнительно къ Гамбурскимъ правиламъ, высказалъ тотъ взглядъ, что «срокъ исковой давности, какъ право судебной

защиты, внѣ воли частныхъ лицъ, и потому не можетъ быть ни увеличиваемъ, ни уменьшаемъ силою частныхъ соглашеній» (рѣш. суд. деп. 1911 № 2670, ср. кас. рѣш. 1905, № 20).

VII. Дѣйствіе давности. Дѣйствіе исковой давности состоитъ въ томъ, что лицо, не предъявлявшее въ теченіе установленнаго срока иска въ защиту своего права, теряетъ право предъявить такой искъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и самое право, охраняемое искомъ. Кто въ теченіе давности иска не предъявилъ, тотъ теряетъ свое право (т. X ч. 1 стт. 692 и 694). Поэтому, если бы лицо, потерявшее по давности право, успѣло какимъ бы то ни было образомъ подъ видомъ права осуществить интересъ, то оно произвольно становится въ положеніе субъекта непринадлежащаго ему права. Напр., кто-нибудь, оставивъ безъ взысканія свыше 10 лѣтъ заемное обязательство, получилъ съ бывшаго должника по ошибкѣ—послѣдній въ правѣ вытребовать обратно ненадлежаще полученное. Въ соотвѣтствіи съ такимъ дѣйствіемъ давности законъ, при распредѣленіи долговъ въ конкурсѣ, всѣ долги, коихъ взысканію миновала закономъ установленная давность, характеризуетъ какъ долги, основанные на документахъ недѣйствительныхъ (уст. судопр. торг. ст. 490). Право безусловно теряется съ истеченіемъ давности въ силу наступленія юридическаго факта, съ которымъ законъ соединяетъ потерю права.

Этотъ взглядъ далеко не всѣми раздѣляется. Нѣкоторые (напр., Гуляевъ) полагаютъ, что исковою давностью теряется только возможность иска, но не самое право. Однако, противъ этого можно сказать, что a) съ точки зрѣнія историческихъ источниковъ, мысль законодателя совершенно иная, какъ это видно изъ выраженій манифеста 1787 года: «дѣло да предастся забвенію», изъ банкротскаго устава 1800 года: «таковые иски и взысканія уничтожаются»; b) невѣроятно, чтобы русскій законодатель конца XVIII в. представлялъ себѣ возможность права, охраняемаго не исковымъ, а иными юридическими средствами, въ родѣ exceptio; c) такой взглядъ на дѣйствіе исковой давности, принятый Сводомъ, находился въ соотвѣтствіи съ воззрѣніемъ, господствовавшимъ въ законодательствахъ первой половины XIX вѣка на Западѣ (см. Allg. Landrecht, I, тит. 9, § 501, и даже Code civil §§ 2219 и 2262); d) такія средства и не могутъ имѣть примѣненія въ законодательствѣ, которое ихъ не знаетъ, а указываетъ только на искъ, какъ средство судебнаго осуществленія права. Нашему законодательству чужда также

идея о naturalis obligatio. Съ догматической стороны смыслъ стт. 692 и 694 т. X ч. 1, говорящихъ о потерѣ права, не оставляетъ сомнѣнія.

Не вполнѣ согласуется съ этимъ положеніемъ нашего матеріальнаго права постановленіе процессуальнаго права, въ силу котораго судъ не можетъ самъ возбуждать вопроса о давности, если стороны на нее не ссылались (уст. гр. суд. стт. 132 и 706), хотя бы изъ дѣла ясно обнаруживалась потеря права въ силу этого юридическаго факта. Это положеніе, противоположное тому, которое дѣйствовало до Судебныхъ Уставовъ 1864 г., когда суды обязаны были ex officio возбуждать вопросъ о давности, не опровергаетъ, однако, нашего толкованія, а свидѣтельствуетъ лишній разъ, что наши процессуальные законы не согласованы съ матеріальными.

Истеченіе давностнаго срока, какъ срока, съ которымъ законъ соединяетъ потерю права, имѣетъ обратную силу. Право разсматривается утраченнымъ не въ моментъ истеченія давностнаго срока, а въ моментъ, когда теченіе его началось. Отсюда слѣдуетъ, что собственникъ потеряннаго имѣнія теряетъ и право на всѣ доходы съ него, полученные владѣльцемъ въ теченіе всего времени владѣнія, а кредиторъ теряетъ право и на всѣ недополученные проценты.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

ОТДѢЛЪ I.

Вещное право.

---

§ 18.

Общее понятіе о вещныхъ правахъ.

I. Права абсолютныя и относительныя. Основнымъ и въ высшей степени важнымъ дѣленіемъ правъ представляется дѣленіе ихъ на абсолютныя и относительныя. Къ числу первыхъ относятся права вещныя, исключительныя, и права личной власти; ко вторымъ—права обязательственныя и права на алименты. Сущность такого дѣленія основывается на различіи юридическихъ средствъ достиженія общественной цѣли. Такъ, напр., потребность въ жилищѣ можетъ быть удовлетворена при помощи права собственности на домъ или посредствомъ договора имущественнаго найма, которымъ пріобрѣтается возможность пользованія квартирою; необходимость вывести окна на сосѣдній дворъ можетъ повлечь или къ домашнему договору съ сосѣдомъ или къ пріобрѣтенію особаго вещнаго права при облеченіи сдѣлки въ крѣпостную форму; потребность въ личныхъ услугахъ среди домашняго обихода можетъ быть удовлетворена при помощи рабовъ или крѣпостной дворни, разсматриваемыхъ какъ вещи при рабскомъ строѣ общества, или же посредствомъ договора личнаго найма, обязывающаго одно лицо къ выполненію условныхъ дѣйствій въ пользу другого.

Характерные признаки, отличающіе абсолютное право отъ права относительнаго, состоятъ въ слѣдующемъ.

1. Абсолютному праву соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ лицъ, подчиненныхъ одной и той же политической власти, воздерживаться отъ дѣйствій, несогласныхъ съ нимъ. Слѣдовательно, пассивными субъектами юридическаго отношенія являются всѣ члены того же политическаго общества, а также иностранцы, временно вошедшіе въ его составъ. Здѣсь нѣтъ лицъ, заранѣе намѣченныхъ установившимся отношеніемъ и имъ связанныхъ. Напротивъ, въ правахъ относительныхъ пассивными субъектами являются только опредѣленныя лица, одно или нѣсколько, которыя несутъ на себѣ соотвѣтствующія обязанности.

2. Въ правахъ абсолютныхъ обязанности пассивныхъ субъектовъ отрицательнаго свойства—они принуждаются къ воздержанію отъ пользованія вещами, которыя принадлежатъ другимъ на правѣ собственности; отъ совершенія дѣйствій, дозволенныхъ исключительно опредѣленнымъ лицамъ, напр., воспроизведеніе и распространеніе книги, которыя предоставлены автору; отъ постановки себя по отношенію къ лицамъ, находящимся подъ чужою властью, въ положеніе, противорѣчащее послѣдней. Абсолютныя права выражаются, такимъ образомъ, въ формѣ запрещеній. Напротивъ, въ правахъ относительныхъ обязанность пассивныхъ субъектовъ имѣетъ въ громадномъ большинствѣ случаевъ положительный характеръ — они принуждаются сдѣлать что-нибудь въ интересѣ активныхъ субъектовъ. Поэтому относительныя права, за рѣдкими исключеніями, могутъ быть выражены въ формѣ повелѣній.

3. Такъ какъ въ абсолютныхъ правахъ пассивными субъектами юридическаго отношенія оказываются всѣ сограждане, то нарушеніе права можетъ послѣдовать со стороны каждаго лица. Напротивъ, нарушеніе относительныхъ правъ возможно только со стороны тѣхъ опредѣленныхъ лицъ, которыя заранѣе вошли въ отношеніе. Такъ, право собственности можетъ быть нарушено всякимъ, кто только присвоитъ себѣ пользованіе вещью, составляющею объектъ права. Авторское право можетъ быть нарушено всякимъ, кто только воспроизведетъ въ печати сочиненіе, картину, ноты. Право кредитора по заемному обязательству можетъ быть нарушено только должникомъ, уклоняющимся отъ исполненія, и никѣмъ больше; если бы кто-нибудь пытался удержать должника отъ исполненія силою, то онъ этимъ нарушилъ бы право личной его свободы, но не право кредитора.

4. Соотвѣтственно тому, искъ для защиты абсолютнаго права

можетъ быть направленъ противъ каждаго лица, нарушающаго право. Если это вещное право, то искъ всюду слѣдуетъ за вещью, гдѣ бы и у кого бы она ни находилась, какимъ бы путемъ ни дошла она къ этому лицу, потому что одно нахожденіе вещи въ его рукахъ составляетъ уже нарушеніе права, если владѣлецъ отказывается выдать ее. Искъ направляется противъ того, у кого находится вещь, независимо отъ вопроса, кто ее взялъ у собственника, хотя бы самъ собственникъ отдалъ ее. Если это право личной власти, то искъ точно также направляется противъ всякаго, кто находится въ противорѣчащемъ праву отношеніи съ лицомъ подвластнымъ, напр., отецъ требуетъ своего ребенка отъ всякаго, у кого бы тотъ ни нашелся, хотя бы ребенокъ попалъ къ нему случайно, или при содѣйствіи другихъ лицъ, или же съ согласія самого отца. Напротивъ, искъ для защиты относительнаго права можетъ быть направленъ только противъ заранѣе опредѣленнаго лица, напр., требованіе объ исполненіи договора можетъ быть обращено только къ тому, кто заранѣе обязался по договору.

5. Права абсолютныя устанавливаются независимо отъ воли пассивныхъ субъектовъ. Такъ, напр., право личной власти надъ дѣтьми пріобрѣтается рожденіемъ, право собственности на плоды—отдѣленіемъ ихъ отъ плодоприносящей вещи. Напротивъ, обязательственное право не можетъ возникнуть безъ прямо или косвенно выраженной воли пассивныхъ субъектовъ. Договоры обязываютъ контрагентовъ только при условіи согласія; обязательства, возникающія изъ правонарушенія, также предполагаютъ волю пассивнаго субъекта, умыселъ или неосторожную вину.

6. Изъ всего предыдущаго вытекаетъ слѣдующее общее правило: при столкновеніи абсолютнаго права съ относительнымъ послѣднее всегда уступаетъ мѣсто первому. Это признается и нашею судебною практикою. Сенатъ высказалъ, что «по общему юридическому началу, признаваемому нашимъ законодательствомъ, при столкновеніи различныхъ правъ на одно и то же имущество, право обязательственное безусловно уступаетъ вещному» (кас. рѣш. 1882, № 59, 1887, № 109). Это положеніе сохраняетъ свою силу и въ томъ случаѣ, когда относительное право установлено съ согласія лица, имѣющаго абсолютное право. Такъ, напр., собственникъ, отдавшій свою вещь по соглашенію другому лицу въ пользованіе, можетъ во всякое время потребовать ее обратно, подъ условіемъ возмѣщенія ущерба, послѣдовавшаго отъ несоблюденія договора. (Этотъ

выводъ не принимается нашею судебною практикой, кас. рѣш. 1880, № 118). Авторъ, уступившій книгопродавцу право изданія его сочиненія, можетъ тѣмъ не менѣе издавать его самъ, подъ условіемъ вознагражденія причиненнаго тѣмъ убытка. (Этотъ выводъ отвергнутъ ст. 66 закона 20 марта 1911 года). Мать, отдавшая свое дитя, за неимѣніемъ средствъ, другимъ лицамъ, вскормившимъ его и воспитавшимъ, можетъ впослѣдствіи потребовать выдачи ей ребенка, подъ условіемъ возвращенія всѣхъ понесенныхъ расходовъ. (Этотъ выводъ принятъ нашей судебной практикой, кас. рѣш. 1897, № 81).

II. Вещное право, какъ абсолютное. Таковы характерные признаки всѣхъ абсолютныхъ правъ въ отличіе ихъ отъ правъ относительныхъ. Различіе же абсолютныхъ правъ между собою основывается на различіи объекта. Объектомъ вещныхъ правъ является вещь въ матеріальномъ значеніи слова. Этимъ признакомъ обусловливается природа вещныхъ правъ, возможность вытребовать вещь изъ чужого владѣнія, притомъ натурою, а не въ видѣ вознагражденія. Поэтому совершенно неправильнымъ представляются выраженія, встрѣчающіяся въ обыкновенномъ разговорѣ, когда говорятъ о правѣ собственности на заемное письмо, о залогѣ обязательствъ и т. п.

Вещное право устанавливаетъ, какъ говорятъ, непосредственное отношеніе лица къ вещи. Это слѣдуетъ понимать не въ томъ смыслѣ, будто управомоченный субъектъ долженъ находиться въ соприкосновеніи съ вещью, а въ томъ, что для осуществленія своего права на вещь онъ не нуждается въ фактическомъ посредничествѣ другихъ лицъ. Напротивъ, въ обязательственныхъ правахъ отношеніе лица къ вещи возникаетъ при посредствѣ другого лица, имѣющаго на нее вещное право, напр., по договору о наймѣ квартиры активный субъектъ получаетъ право не на квартиру, а на предоставленіе (на дѣйствіе) послѣдней въ его пользованіе со стороны пассивнаго субъекта.

Съ другой стороны, непосредственное отношеніе къ вещи въ вещныхъ правахъ нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что отношеніемъ лица къ вещи исчерпывается вся сущность вещнаго права, — всякое юридическое отношеніе есть отношеніе между людьми, и потому сущность вещнаго права характеризуется не тѣмъ, что̀ субъектъ права можетъ дѣлать съ вещью, а тѣмъ, чего субъекты обязанности не должны дѣлать съ этою же вещью. Лицо только потому имѣетъ субъективное право

собственности на данную вещь, что всѣмъ другимъ запрещено объективнымъ правомъ препятствовать пользованію собственника.

III. Виды вещныхъ правъ. Число вещныхъ правъ весьма незначительно. Главное мѣсто занимаетъ среди нихъ право собственности, какъ основа всего современнаго гражданскаго порядка. Къ нему примыкаютъ права на чужую вещь, состоящую въ собственности другого лица, а именно сервитуты, чиншевое право. Къ правамъ на чужую вещь причисляется обыкновенно и залоговое право; но въ виду рѣзкаго отличія его отъ правъ этого рода, оно должно быть поставлено особо. Также неправильно совершенное исключеніе залогового права изъ системы вещныхъ правъ и перенесеніе его въ область обязательственныхъ правъ, потому что оно обладаетъ всѣми признаками абсолютнаго, въ частности вещнаго права. Введеніемъ къ изложенію вещныхъ правъ или дополненіемъ къ праву собственности является владѣніе. Такъ какъ оно представляетъ фактическую сторону собственности, такъ какъ защита его устанавливается въ интересѣ собственности и такъ какъ, наконецъ, продолжительное владѣніе способно превратиться въ право собственности, то изложеніе его должно непосредственно предшествовать изложенію права собственности, хотя нѣкоторые даютъ ему мѣсто въ общей части. Владѣніе охраняется противъ всѣхъ согражданъ, потому что нарушителемъ его можетъ быть каждый; владѣніе возникаетъ независимо отъ воли пассивныхъ субъектовъ; владѣніе имѣетъ своимъ объектомъ вещь, а потому оно имѣетъ полное основаніе занять мѣсто среди вещныхъ правъ.

Терминъ «вещное право» извѣстенъ новому русскому законодательству (уст. гр. суд. ст. 1491 п. 2) и общепринятъ въ судебной практикѣ. Предлагаемый нѣкоторыми взамѣнъ того терминъ «вотчинное право», какъ старое русское выраженіе, примѣнимъ только къ недвижимостямъ. Поэтому введеніе его не устранило бы необходимости въ терминѣ для обозначенія соотвѣтствующаго права на движимости,

§ 19.

Укрѣпленіе вещныхъ правъ на недвижимости.

Литература: Башмаковъ, *Основныя начала ипотечнаго права, 1891*; Барковскій, *О значеніи нотаріальныхъ актовъ на продажу недвижимыхъ имуществъ до утвержденія ихъ старшимъ нотаріусомъ*; Мандельштамъ, *Учрежденіе нотаріата и его организація* („Ж. М. Ю.“ 1895, № 4); Нейпертъ, *Главныя основанія ипотечной системы* („Ж. М. Ю.“ 1985, № 7); Минцловъ, *Объ индивидуализаціи недвижимыхъ имѣній до первоначальной ихъ записи въ крѣпостныя книги* („Ж. М. Ю.“ 1897, №№ 8, 9, 10; Лыкошинъ, *Ипотечная реформа и межеваніе* („Ж. М. Ю.“ 1898, № 4); Принцъ, *Проектъ вотчиннаго устава* („Ж. М. Ю.“ 1899, № 1); Сарандо, *Проектъ вотчиннаго устава* („Ж. М. Ю.“ 1900, №№ 1, 2); Ѳемилиди, *Русскій нотаріатъ. Исторія нотаріата и дѣйствующее нотаріальное положеніе 14 апрѣля 1866 года*, 1902; Базановъ, *Происхожденіе современной ипотеки*, 1900; Базановъ, *Вотчинный режимъ въ Россіи*, 1910.

I. Общее понятіе. Вещное право налагаетъ на всѣхъ лицъ, подчиненныхъ одной и той же политической власти, обязанность воздерживаться отъ дѣйствій, несогласныхъ съ правомъ активнаго субъекта. Съ этой стороны противоположное явленіе представляетъ обязательственное право, которое, обязывая только опредѣленныхъ лицъ, не касается всѣхъ прочихъ. Поэтому, если одно лицо продало, подарило, заложило другому вещь, то это отношеніе не препятствуетъ новой подобной же сдѣлкѣ собственника вещи съ другимъ лицомъ. Если первый контрагентъ не пріобрѣлъ еще вещнаго права, то второй контрагентъ можетъ предупредить его, и опоздавшему останется искать убытки съ собственника, преслѣдовать его уголовнымъ порядкомъ, но отнять вещи, у пріобрѣтателя онъ не можетъ, такъ какъ его обязательственное право должно уступить вещному. Отсюда обнаруживается важность для общества возможности знать о вещной связи между лицомъ и объектомъ, знать о моментѣ установленія вещного права, съ которымъ соединяется общая обязанность.

Этой цѣли имѣетъ въ виду удовлетворить укрѣпленіе вещныхъ правъ, т.-е. публичное, при посредствѣ органовъ общественной власти, гласное утвержденіе соединенія права съ извѣстнымъ субъектомъ. Укрѣпленіе права дѣлаетъ вполнѣ достовѣрнымъ и всѣмъ извѣстнымъ вещное право и моментъ его установленія. Однако, оно невозможно для всѣхъ объектовъ, во-первыхъ, потому, что многія вещи имѣютъ чрезвычайно малое значеніе для общества, а во-вторыхъ, потому, что чрезмѣрное

количество отношеній, подлежащихъ укрѣпленію, лишитъ общество возможности дѣйствительно ознакомиться съ состояніемъ права. Особенно нуждаются въ публичности и гласности вещныя права на недвижимости. Это обусловливается тѣмъ, что недвижимости представляютъ наибольшую общественную и экономическую важность, съ которою изъ движимыхъ вещей могутъ сравниться только рѣчныя и морскія суда. При этомъ недвижимости не обнаруживаютъ часто видимой связи съ субъектомъ права на нихъ, какъ это легко замѣтить въ отношеніи къ движимымъ вещамъ, которыя большею частью въ рукахъ или подъ руками субъектовъ. Опредѣленное мѣстоположеніе недвижимостей даетъ возможность сосредоточить въ одномъ центрѣ всѣ сдѣлки по укрѣпленію, что совершенно неосуществимо въ отношеніи движимыхъ вещей.

II. Исторія укрѣпленія вещныхъ правъ въ Россіи. Первоначально пріобрѣтеніе поземельной собственности по сдѣлкамъ между частными лицами не привлекало участія князя. По совершеніи купчей грамоты продавецъ передавалъ владѣніе покупщику одинъ на одинъ или при свидѣтеляхъ, притомъ нерѣдко съ обрядами, оставлявшими въ памяти присутствовавшихъ воспоминаніе о совершонномъ переходѣ. Съ XVI вѣка правительство вмѣшивается въ эти отношенія и для приданія большей опредѣленности переходамъ земли изъ однѣхъ рукъ въ другія предписываетъ являть купчія въ приказы. Къ XVII столѣтію развился слѣдующій порядокъ. Для совершенія актовъ, основывающихъ переходъ вещного права на земли, существовалъ въ Москвѣ разрядъ лицъ, спеціально занимавшихся на Ивановской площади этимъ дѣломъ—площадные подъячіе. По совершеніи акта о продажѣ, дареніи, мѣнѣ, крѣпость должна была быть записана въ приказахъ: если объектомъ была земля,—то въ помѣстномъ приказѣ, если домъ и дворъ,—то въ земскомъ приказѣ. Пріобрѣтающее лицо просило справить за нимъ землю, все равно, вотчину или помѣстье. Въ приказѣ *справка* производилась на основаніи писцовыхъ и другихъ книгъ и состояла въ опредѣленіи наличности и величины пріобрѣтаемаго имѣнія и принадлежности его тому лицу, отъ кого отчуждалось. Кромѣ того, при нѣкоторыхъ актахъ, напр., при продажѣ, производился еще допросъ контрагентамъ (вотчинный договоръ). Затѣмъ, по взятіи пошлинъ, актъ записывался въ записныя вотчинныя книги приказа, и имѣніе считалось справленнымъ. Справка признавалась необходимой не только при покупкѣ, но

также въ случаѣ пріобрѣтенія по наслѣдованію, при взысканіи, обращенномъ на землю, при пожалованіи.

За справкою слѣдовало прошеніе пріобрѣтателя объ *отказѣ*, въ отвѣтъ на что мѣстному воеводѣ посылалась отказная грамота, въ силу которой онъ долженъ былъ «послать на мѣсто кого пригоже и, велѣвъ ему взять съ собою тутошнихъ и сторонніхъ людей, старостъ и цѣловальниковъ и крестьянъ, велѣть переписать въ той вотчинѣ дворы и въ дворахъ людей по именамъ, и мѣста дворовыя, и пашню, и лѣсъ и всякія угодья, и все то, написавъ въ книги, прислать въ приказъ, а списокъ оставить въ приказной избѣ впредь для вѣдома и спору». Съ отказною грамотою иногда соединялась, а иногда выдавалась отдѣльно вводная послушная грамота, которая должна была внушить мѣстнымъ крестьянамъ повиновеніе новому землевладѣльцу.

Приказы являлись центральнымъ для всей Россіи мѣстомъ укрѣпленія вещныхъ правъ на недвижимости,—въ нихъ сосредоточивались всѣ дѣла о переходѣ земель, всѣ свѣдѣнія о составѣ имѣній, о сдѣлкахъ съ послѣдними, и относящіеся къ нимъ документы. Хотя пріобрѣтеніе признавалось законнымъ и безъ справки, но оно считалось неполнымъ, имѣло свои невыгодныя послѣдствія въ виду невозможности для постороннихъ лицъ знать о принадлежности имѣнія извѣстному лицу. По Уложенію 1649 года, въ случаѣ продажи одной и той же вотчины разнымъ лицамъ, право собственности признавалось не за тѣмъ, чья купчая была совершена раньше, а за тѣмъ, кто прежде справилъ имѣніе, потому что со справкою соединялся переходъ вещного права. Старшинство купчихъ только тогда принималось во вниманіе, когда ни одна изъ нихъ не была справлена (Уложеніе, гл. XVII, ст. 34).

Со времени Петра I вводится новый порядокъ, крѣпостной, съ цѣлью устранить многочисленныя злоупотребленія, которыя допускались со стороны подъячихъ, а главнымъ образомъ съ фискальными цѣлями,—ради пріумноженія доходовъ казны. Прежніе подъячіе, бывшіе частными лицами, получаютъ официальный характеръ и организуются въ сословіе. Въ 1701 году выбрано было 24 наиболѣе опытныхъ и добросовѣстныхъ подъячихъ, образовавшихъ въ своемъ соединеніи Палатку Крѣпостныхъ Дѣлъ. Они приводились къ присягѣ, получали жалованье и назывались крѣпостными писцами, а во главѣ ихъ стоялъ надсмотрщикъ. Ближайшій контроль надъ этимъ установленіемъ возлагался на различныя учрежденія, пока

выборъ не остановился на Юстицъ-Коллегіи. Въ этомъ крѣпостномъ учрежденіи должны были совершаться всѣ акты о недвижимостяхъ, хотя, впрочемъ, крѣпостному порядку Петръ I подчинилъ всѣ вообще сдѣлки. Каждый актъ совершался съ вѣдома и при участіи правительственныхъ органовъ, а также съ привлеченіемъ къ подписи свидѣтелей. Надсмотрщикъ и писцы должны были наблюдать за законностью акта и правильнымъ поступленіемъ пошлинъ. Затѣмъ акты слѣдовало вносить въ особыя книги, заведенныя у крѣпостныхъ дѣлъ. Однако, укрѣпленіе права относилось уже не ко второму моменту, внесенію въ книги, а къ моменту совершенія акта, что было выражено правиломъ, установленнымъ въ 1737 году — «имѣніе справливать за тѣмъ, чья крѣпость старѣе».

Въ царствованіе Екатерины II, съ учрежденіемъ о губерніяхъ 1775, уничтожилось центральное мѣсто, завѣдывавшее до сихъ поръ совершеніемъ крѣпостей на всю Россію. Вмѣсто Юстицъ-Коллегіи совершеніе крѣпостныхъ актовъ возложено было на гражданскія палаты и уѣздные суды, при которыхъ организованы были учрежденія крѣпостныхъ дѣлъ. Такимъ образомъ, установлены были мѣстные центры, въ которые пріобрѣтатели должны были предъявлять акты для ввода во владѣніе. Крѣпостнымъ порядкомъ стали совершаться только акты, по которымъ происходилъ переходъ вещныхъ правъ на недвижимости.

Примѣнительно къ этому крѣпостному порядку имѣетъ силу слѣдующее постановленіе нашего Свода Законовъ, обратное тому, какое встрѣчаемъ въ Уложеніи Алексѣя Михайловича. Если одно и то же недвижимое имѣніе будетъ продано двумъ разнымъ лицамъ, то имѣніе утверждается за тѣмъ изъ двухъ покупщиковъ, котораго купчая крѣпость совершена прежде. Въ пользу же другого покупщика взыскивается съ подложнаго продавца цѣна, ему заплаченная, со всѣми убытками покупщика (т. X ч. 1 ст. 1416). Статья эта не можетъ имѣть примѣненія тамъ, гдѣ введенъ новый порядокъ.

III. Нотаріальная система. Крѣпостной порядокъ представлялъ существенный недостатокъ—не было опредѣленности въ моментѣ перехода вещнаго права. Актъ могъ быть совершенъ въ любомъ мѣстѣ, и покупщикъ не былъ обезпеченъ, что купленное имъ имѣніе не продано уже или не заложено въ другомъ мѣстѣ. Не было никакой увѣренности въ прочности пріобрѣтеннаго права. Единственно твердая основа—это было давностное владѣніе. Притомъ совершеніе крѣпостныхъ дѣлъ

возложено было на судебныя мѣста, задача которыхъ совсѣмъ иная.

По Положенію о нотаріальной части 14 апрѣля 1866 г., въ столицахъ, губернскихъ и уѣздныхъ городахъ, а въ случаѣ надобности и въ уѣздахъ, опредѣляются нотаріусы, число которыхъ устанавливается особымъ расписаніемъ. Нотаріусы опредѣляются и увольняются старшимъ предсѣдателемъ судебной палаты по представленію предсѣдателя суда, изъ лицъ совершеннолѣтнихъ, не опороченныхъ судомъ или общественнымъ приговоромъ, состоящихъ въ русскомъ подданствѣ и не занимающихъ никакой другой должности ни въ государственной, ни въ общественной службѣ. Кромѣ того, отъ желающаго занять эту должность требуется представленіе залога и предварительное испытаніе его въ умѣніи правильно излагать акты, въ знаніи формъ нотаріальнаго дѣлопроизводства и необходимыхъ, для исполненія этой должности, законовъ. Изъ числа книгъ, которыя нотаріусъ обязанъ вести, главное значеніе имѣютъ три актовыя книги для внесенія въ нихъ вполнѣ сдѣлокъ, совершаемыхъ нотаріальнымъ порядкомъ. Одна изъ нихъ назначается для сдѣлокъ о недвижимостяхъ, другая—для всѣхъ прочихъ, а третья — спеціально для актовъ о протестѣ векселей.

Кругъ дѣйствій нотаріусовъ весьма обширенъ. 1) Прежде всего ихъ дѣятельность выражается въ совершеніи для желающихъ всякаго рода актовъ, кромѣ особо изъятыхъ отъ сего закономъ (т. XVI, нот. пол. ст. 65), какъ напр., актовъ о состояніи. При совершеніи актовъ нотаріусъ обязанъ удостовѣриться: a) въ самоличности участниковъ сдѣлки, b) въ ихъ право- и дѣеспособности, c) въ ихъ сознательности, d) въ законности предполагаемой сдѣлки. Самоличность неизвѣстныхъ нотаріусу лицъ, участвующихъ въ совершеніи сдѣлки, должна быть удостовѣрена заслуживающими довѣрія лицами (ст. 73). Право и дѣеспособность, или, по выраженію закона, законная правоспособность удостовѣряется всѣми способами (ст. 83), но облегченіемъ для нотаріуса является имѣющійся у него списокъ лицъ неправоспособныхъ, составленный на основаніи публикацій. Сознательность совершающихъ сдѣлку нотаріусъ устанавливаетъ тѣмъ, что по разсмотрѣніи условій предполагаемой сдѣлки допрашиваетъ участниковъ,—дѣйствительно ли они по доброй волѣ желаютъ ее совершить и понимаютъ ли ея смыслъ и значеніе (ст. 89). Наконецъ, послѣднее требованіе состоитъ въ томъ, что нотаріусъ обязанъ отказаться отъ

соучастія въ сдѣлкѣ, совершеніе которой воспрещено закономъ, а также въ сдѣлкѣ, въ содержаніи которой окажется что-либо противное законамъ, ограждающимъ порядокъ управленія, общественную нравственность или честь частныхъ лицъ (ст. 90). При совершеніи акта должны присутствовать двое свидѣтелей, которые составляютъ только излишній балластъ, нисколько не увеличивающій довѣрія къ дѣйствіямъ нотаріуса, какъ должностного лица. Акты, совершаемые при участіи нотаріуса, называются нотаріальными. 2) Помимо удостовѣренія сдѣлки, совершаемой при участіи нотаріуса, возможно удостовѣреніе нотаріусомъ явки ему акта, уже совершеннаго самими контрагентами безъ его участія. Удостовѣрившись и въ этомъ случаѣ въ самоличности и законной правоспособности (но не въ сознательности и законности), нотаріусъ дѣлаетъ засвидѣтельствованіе явки на самомъ актѣ (ст. 146 и 147). 3) Нотаріусы могутъ, по желанію обращающихся къ нимъ, совершать засвидѣтельствованія: вѣрности копій, подлинности подписей, заявленія объясненій отъ одного лица другому, нахожденія лицъ въ живыхъ, мировыхъ, а также третейскихъ записей (ст. 128). 4) Нотаріусамъ дозволяется пріемъ на храненіе документовъ, писемъ и всякаго рода бумагъ, хотя бы и въ запечатанныхъ пакетахъ (ст. 148).

При каждомъ окружномъ судѣ имѣется нотаріальный архивъ подъ завѣдываніемъ старшаго нотаріуса для храненія крѣпостныхъ книгъ, относящихся къ недвижимостямъ, которыя расположены въ данномъ округѣ. Старшій нотаріусъ, состоя на государственной службѣ, приравнивается къ членамъ окружнаго суда, хотя, къ сожалѣнію, эта связь, весьма желательная, мало проведена въ законѣ и еще менѣе осуществилась въ дѣйствительности. Съ другой стороны наименованіе «старшій» внушаетъ предположеніе о власти его надъ прочими нотаріусами, тогда какъ въ дѣйствительности нотаріусы вовсе не находятся въ служебномъ подчиненіи у старшаго нотаріуса.

Изъ книгъ, которыя обязанъ вести старшій нотаріусъ, для укрѣпленія вещныхъ правъ на недвижимости особенное значеніе имѣютъ: 1) крѣпостныя книги и 2) реестръ крѣпостныхъ дѣлъ. Крѣпостныя книги составляются изъ утвержденныхъ старшимъ нотаріусомъ актовъ, относящихся до недвижимостей. Реестръ крѣпостныхъ дѣлъ (соотвѣтствующій ипотечнымъ книгамъ) ведется съ 1891 года уже не по собственникамъ, какъ было раньше, на основаніи инструкціи 1867 года, а по

недвижимостямъ. Назначаемый для недвижимаго имѣнія листъ реестра крѣпостныхъ дѣлъ состоитъ изъ четырехъ отдѣловъ: 1) свѣдѣнія, касающіяся имѣнія, 2) собственники, 3) ограниченія права собственности, какъ права участія частнаго, пользовладѣніе, 4) залоги, долги, денежныя требованія, обезпеченныя запрещеніями. Въ первомъ отдѣлѣ означаются относительно городского имѣнія—участокъ или кварталъ, улица, номеръ, часть города, относительно сельскаго имѣнія—названіе, составъ, мѣстонахожденіе и пространство. Реестры крѣпостныхъ дѣлъ должны быть особые для каждаго уѣзда и каждаго города, состоящихъ въ предѣлахъ судебнаго округа. На старшаго нотаріуса возлагается утвержденіе сдѣлокъ о недвижимостяхъ, состоящихъ въ томъ судебномъ округѣ, въ которомъ находится архивъ, а равно веденіе крѣпостныхъ книгъ и реестровъ крѣпостныхъ дѣлъ. Акты, совершонные нотаріусомъ и утвержденные старшимъ нотаріусомъ, называются крѣпостными.

Сдѣлки о переходѣ или ограниченіи права собственности на недвижимости, подъ опасеніемъ недѣйствительности, должны быть совершаемы сначала у нотаріусовъ и затѣмъ обращаемы въ крѣпостные черезъ утвержденіе ихъ старшимъ нотаріусомъ. Вещныя права на недвижимости не пріобрѣтаются до утвержденія послѣднимъ сдѣлки, за исключеніемъ случаевъ наслѣдованія по закону или по завѣщанію. Для обращенія акта въ крѣпостной, выпись изъ актовой книги должна быть представлена старшему нотаріусу того округа, въ которомъ находится недвижимость, лично сторонами или черезъ повѣренныхъ, или же, по порученію ихъ, однимъ изъ мѣстныхъ нотаріусовъ того города, въ которомъ находится архивъ (ст. 161). Законъ 10 іюня 1910 года дозволилъ нотаріусамъ высылку выписей въ архивъ по почтѣ. Въ промежутокъ времени между совершеніемъ сдѣлки у нотаріуса и утвержденіемъ акта старшимъ нотаріусомъ происходитъ обыкновенно платежъ денегъ по куплѣ-продажѣ или залогу. Нотаріусъ можетъ выдавать выпись изъ актовой книги для представленія ея старшему нотаріусу, тому лицу, которому въ актѣ предоставлено право получить ее. Эту выпись удерживаетъ въ своихъ рукахъ продавецъ или залогодатель до тѣхъ поръ, пока покупщикъ или залогодержатель не заплатятъ деньги. Только послѣ этого выпись попадаетъ къ послѣднимъ и они уже предъявляютъ ее старшему нотаріусу. Старшій нотаріусъ, передъ утвержденіемъ, обязанъ произвести провѣрку представленной ему выписи. а) Со стороны подлин-

ности выписи,—черезъ сличеніе подписи и печати выдавшаго ее нотаріуса съ подписью его и слѣпкомъ печати, хранящимся въ архивѣ (ст. 165). b) Со стороны законности содержащейся въ ней сдѣлки,—т.-е. что законы гражданскіе не воспрещаютъ совершенія таковой (ст. 167, п. 1). c) Со стороны принадлежности дома или земельнаго участка лицу, отчуждающему недвижимость или соглашающемуся на ограниченіе права собственности (ст. 167, п. 2), путемъ осмотра документовъ, по которымъ недвижимость укрѣплена за этимъ лицомъ. d) Со стороны отсутствія препятствій къ отчужденію недвижимости, напр., вслѣдствіе наложеннаго запрещенія,—путемъ справки какъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, такъ и въ запретительныхъ и разрѣшительныхъ книгахъ (ст. 168 и прим.). Послѣ этого нотаріусъ взимаетъ въ казну слѣдующія пошлины, которыя вносятся не деньгами нотаріусу, а квитанціей мѣстнаго казначейства. Послѣ этого наступаетъ самое утвержденіе, которое состоитъ въ томъ, что нотаріусъ дѣлаетъ на выписи надпись объ утвержденіи, пріобщаетъ выпись къ крѣпостной книгѣ и отмѣчаетъ о томъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. О содержаніи внесенной сдѣлки старшій нотаріусъ сообщаетъ земской или городской управѣ по мѣсту нахожденія недвижимости, а также въ сенатскую типографію, для напечатанія установленнымъ порядкомъ въ Сенатскихъ Объявленіяхъ. На основаніи внесенной въ крѣпостную книгу сдѣлки, старшій нотаріусъ выдаетъ сторонамъ выпись, которая является удостовѣреніемъ права частныхъ лицъ на недвижимость. Эта выпись носитъ названіе «крѣпости», къ которому присоединяется прилагательное, указывающее на сдѣлку, лежащую въ ея основаніи: купчая, закладная, дарственная, отдѣльная, рядная, раздѣльная. Въ отличіе отъ этихъ актовъ данная крѣпость есть актъ укрѣпленія, совершаемый старшимъ нотаріусомъ безъ утвержденія сдѣлки, потому что переходъ права на недвижимость производится помимо воли собственника и какъ бы дается пріобрѣтателю по распоряженію уполномоченнаго органа, какъ судъ. Таковы акты, совершаемые по опредѣленію суда вслѣдствіе продажи недвижимости съ публичнаго торга (у. гр. суд. ст. 1165), при экспропріаціи (т. X, ч. 1, ст. 593), при продажѣ по распоряженію кредитнаго установленія (т. X, ч. 1, ст. 1505).

Итакъ, сдѣлка, предметомъ которой является недвижимость, можетъ быть совершена въ любомъ мѣстѣ (пол. нотар. ст. 80 т. X ч. 1 ст. 915), но вещное право по ней переходитъ не

иначе, какъ по утвержденіи ея старшимъ нотаріусомъ по мѣсту нахожденія недвижимости. Если бы на одну и ту же недвижимость совершено было нѣсколько купчихъ въ разныхъ мѣстахъ, то вещное право пріобрѣтается не тѣмъ, чей актъ совершенъ ранѣе, а тѣмъ, чей актъ прежде предъявленъ будетъ къ утвержденію. Если бы недвижимость была заложена, а потомъ немедленно продана, и покупщикъ успѣлъ укрѣпить свой актъ раньше залогодержателя, залогъ не состоится.

Акты, которыми устанавливается переходъ права собственности или ограниченіе его, отмѣчаются въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Такимъ образомъ, юридическое положеніе каждой недвижимости должно бы обнаруживаться съ достаточною ясностью изъ книгъ, находящихся у старшаго нотаріуса. Къ сожалѣнію, практика не дала полнаго развитія тѣмъ началамъ, которыя положены въ основу нотаріальнаго порядка, и въ дѣйствительности реестры крѣпостныхъ дѣлъ оставляютъ желать многаго. Этому способствовали два обстоятельства: во-первыхъ, то, что внесенію въ реестръ не дано должное юридическое значеніе, а во-вторыхъ, отсутствіе гласности. Вообще книги не подлежатъ гласности—обозрѣніе книгъ и полученіе изъ нихъ выписей невозможно для постороннихъ лицъ безъ согласія собственника. Въ 1899 г. начало гласности расширено нѣсколько въ томъ отношеніи, что старшимъ нотаріусомъ предписано выдавать всѣмъ желающимъ какъ изъ Сенатскихъ Объявленій, такъ изъ имѣющихъ замѣнить ихъ мѣстныхъ запретительныхъ книгъ и сборниковъ запретительныхъ статей справки о лежащихъ на имѣніи запрещеніяхъ (т. XVI ч. I пол. нотар. ст. 154 прим. 2).

При всѣхъ преимуществахъ настоящей нотаріальной системы, по сравненію со старымъ крѣпостнымъ порядкомъ, и она не лишена многихъ недостатковъ. Въ связи съ нею находится, хотя и не вытекаетъ изъ нея непосредственно, неопредѣленность момента укрѣпленія, момента, въ который пріобрѣтается вещное право. Этотъ моментъ, вслѣдствіе противорѣчивыхъ постановленій нашего матеріальнаго права, можно, по нѣкоторымъ основаніямъ, отнести: a) къ утвержденію старшимъ нотаріусомъ представленнаго ему акта, b) къ врученію старшимъ нотаріусомъ выписи лицу, къ которому переходитъ недвижимость, c) ко вводу во владѣніе или же, наконецъ, d) къ отмѣткѣ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ о совершонномъ вводѣ. Самый порядокъ укрѣпленія отличается чрезвычайной сложностью, за-

нимающею много времени и требующею весьма значительныхъ издержекъ, чему нисколько не помогъ законъ 24 мая 1911 г. объ упрощеніи порядка веденія старшими нотаріусами крѣпостныхъ книгъ. Это обстоятельство привело къ тому, что въ настоящее время существуетъ не мало недвижимостей, формально не укрѣпленныхъ за тѣми, кто несомнѣнно долженъ считаться собственникомъ. Затѣмъ, гласность крѣпостныхъ книгъ и совершаемыхъ въ нихъ записей не можетъ считаться достаточно обезпеченной въ виду того, что принятый порядокъ оглашенія въ «Сенатскихъ Вѣдомостяхъ», вдали отъ мѣста совершаемыхъ переходовъ, превратился въ пустую формальность. Чрезмѣрная сложность не только не обезпечиваетъ твердости за пріобрѣтенными правами, но, напротивъ, затрудняя выясненіе въ точности юридическаго состоянія недвижимости, подвергаетъ каждаго пріобрѣтателя опасности лишиться права, вслѣдствіе незамѣченнаго имъ препятствія къ совершонной сдѣлкѣ.

IV. Ипотечная система. Въ большинствѣ западныхъ государствъ (но не въ Англіи) и у насъ на окраинахъ (въ Царствѣ Польскомъ и Остзейскомъ Краѣ) существуетъ ипотечная система укрѣпленія вещныхъ правъ на недвижимости. Выраженіе «ипотека» впервые употреблено въ законодательствѣ Солона, гдѣ оно обозначало столбъ, врытый въ землю должника для того, чтобы всякій зналъ, что эта земля служитъ обезпеченіемъ правъ кредитора. Въ настоящее время это выраженіе употребляется въ двоякомъ значеніи. Въ болѣе тѣсномъ смыслѣ ипотека означаетъ залогъ недвижимости. Въ болѣе широкомъ смыслѣ ипотека выражаетъ собою порядокъ укрѣпленія вещныхъ правъ на недвижимости посредствомъ записи въ книги. Дѣло въ томъ, что впервые относительно залога установилось правило о пріобрѣтеніи этого права исключительно путёмъ записи въ книгѣ. Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ до послѣдняго времени система записи и разрѣшенія правъ въ книгахъ ограничивалась залоговыми правами (Баварія). Гораздо большее значеніе имѣютъ ипотечныя книги, когда въ нихъ заносятся всѣ вообще вещныя права. Въ этомъ второмъ значеніи и говорятъ объ ипотечной или, примѣняясь къ принятой у насъ терминологіи, о вотчинной системѣ укрѣпленія правъ.

Начало оглашенія вещныхъ правъ было значительно развито въ древне-германскомъ правѣ. Передача правъ собственности на

недвижимость совершалась не иначе, какъ посредствомъ заявленія передъ судомъ, общиною или въ церкви, которое носило названіе sala. Этотъ обрядъ сопровождался символическими дѣйствіями и вводомъ во владѣніе (инвеститура), направленными къ тому, чтобы переходъ права по возможности сильнѣе запечатлѣлся въ памяти присутствующей публики. Затѣмъ въ средніе вѣка, особенно въ городахъ, была принята запись въ особыя книги всѣхъ актовъ о правахъ на недвижимости, съ чѣмъ и соединялся самый переходъ вещныхъ правъ (Auflassung). Рецепція римскаго права не только остановила дальнѣйшее развитіе этихъ началъ, но даже устранила ихъ примѣненіе. Только въ XVIII столѣтіи вспоминаютъ о забытыхъ началахъ и кладутъ ихъ въ основаніе многочисленныхъ ипотечныхъ законовъ двухъ прошлыхъ столѣтій.

Французскій гражданскій кодексъ 1804 года установилъ положеніе, что вещное право на недвижимости пріобрѣтается съ момента соглашенія сторонъ. Обнаружившіяся скоро послѣдствія этого правила, полная неувѣренность въ пріобрѣтенныхъ правахъ заставила французскаго законодателя издать законъ о транскрипціи 1855 года, по которому вещное право пріобрѣтается въ отношеніи сторонъ, совершившихъ сдѣлку съ момента соглашенія, а въ отношеніи третьихъ лицъ—съ момента внесенія сдѣлки въ ипотечныя книги (транскрипція). Помимо этой странной двойственности, французское законодательство страдаетъ еще наличностью тайныхъ ипотекъ (залоговыхъ правъ несовершеннолѣтняго на недвижимости, принадлежащія его опекуну; жены на недвижимости, принадлежащія ея мужу; казны, общинъ на недвижимости, принадлежащія сборщикамъ податей и казначеямъ), а также существованіе многочисленныхъ привилегированныхъ правъ. Въ книгахъ не отмѣчаются вовсе переходы недвижимостей по праву наслѣдованія. Регистрація ведется по именамъ собственниковъ: каждому собственнику отводится особый листъ. Но при этомъ отъ вниманія ускользаетъ юридическое состояніе того участка, которымъ кто-то заинтересованъ. Въ результатѣ получается, несмотря на ипотечную систему, чрезвычайная неопредѣленность правъ.

Несравненно большею выдержанностью отличалась ипотечная система, принятая въ большинствѣ германскихъ государствъ, особенно въ Пруссіи по закону 1872 г. Въ настоящее время разнообразіе ипотечныхъ уставовъ Германіи уступило мѣсто единству, которое установлено съ матеріальной стороны уло-

женіемъ 1896 года, а съ формальной — Grundbuchordnung 27 марта 1897 года. Основныя начала германской ипотечной системы вообще сводятся къ слѣдующему. 1) Ипотечныя книги ведутся при судахъ или при особо назначенныхъ для того установленіяхъ. Онѣ содержатъ въ себѣ описаніе экономическаго и юридическаго положенія каждаго имѣнія, находящагося въ данномъ округѣ. Важное отличіе германской системы отъ французской обнаруживается въ томъ, что запись ведется не по именамъ собственниковъ, а по названіямъ недвижимостей. Каждому имѣнію или дому (Grundstück) удѣляется въ книгахъ особый листъ, такъ что, если одному лицу принадлежатъ нѣсколько недвижимостей, то каждой изъ нихъ назначается особый листъ. Въ этотъ листъ вносятся только права, относящіяся къ данному участку и въ опредѣленномъ объемѣ. Это называется *началомъ спеціальности*. Листъ раздѣляется на графы, въ которыхъ обозначается: a) названіе и мѣстонахожденіе имѣнія, хозяйственный составъ, b) имя собственника, c) вещныя права на эту недвижимость, принадлежащія другимъ лицамъ, d) долги, обезпеченные залогомъ этой недвижимости. Всякія общія запрещенія, относящіяся ко всему вообще имуществу, не могутъ имѣть здѣсь примѣненія. 2) Юридическое значеніе ипотечныхъ книгъ состоитъ въ томъ, что вещное право на недвижимости пріобрѣтается не иначе и не раньше, какъ посредствомъ и съ момента записи. Все, что̀ значится въ книгахъ, имѣетъ *начало достовѣрности*, и всѣ могутъ легко знать юридическія отношенія, въ которыхъ находится собственникъ по данной недвижимости, кому она принадлежитъ, какія ограниченія ее стѣсняютъ. Данныя въ ипотечной книгѣ свѣдѣнія признаются юридически точными, хотя бы они и не соотвѣтствовали дѣйствительности, при условіи, конечно, добросовѣстности лица, ссылающагося на достовѣрность и содержаніе книги. Для постороннихъ лицъ не имѣютъ никакого значенія сдѣлки, совершонныя безъ записи, такъ что каждый добросовѣстный пріобрѣтатель обезпеченъ въ томъ, что у него не будетъ отнято его пріобрѣтеніе и не окажется обременено неожиданными повинностями, каждый добросовѣстный кредиторъ обезпеченъ въ томъ, что никакія иныя требованія не будутъ обращены на то же имѣніе до его удовлетворенія. 3) По отношенію къ вещнымъ правамъ дѣйствуетъ *начало старшинства*. Записи производятся строго въ порядкѣ поступленія просьбъ о внесеніи статьи въ книгу. Залоговыя права удовлетворяются изъ цѣнности недвижимости

по старшинству ихъ установленія, а не по разверсткѣ. 4) Въ силу *начала гласности*, обозрѣніе ипотечныхъ книгъ и полученіе выписи изъ нихъ доступно каждому, кто докажетъ юридически обоснованный интересъ.

Совершенно своеобразную систему укрѣпленія правъ на недвижимости, порожденную вторженіемъ капиталистическаго духа въ сельское хозяйство, представляетъ такъ называемый Актъ Торенса. Эта система соотвѣтствуетъ тому моменту, когда поземельная собственность мобилизируется, когда земля разсматривается какъ товаръ. Своимъ происхожденіемъ и названіемъ система обязана Роберту Торенсу, который, занимая высшую должность по регистраціи недвижимостей въ Южной Австраліи, предложилъ колоніальному парламенту проектъ новой системы укрѣпленія правъ. Этотъ проектъ превратился въ законъ въ 1858 г., съ существенными поправками 1861 г., подъ именемъ Real Property Act. Все дѣло укрѣпленія правъ ввѣренно одному бюро на всю колонію. Дѣйствію Акта подлежатъ только тѣ земельные участки, собственники которыхъ изъявили на то свое желаніе,—обязательности нѣтъ. По разсмотрѣніи основаній, на которыхъ строится предполагаемое перенесеніе или установленіе права, производится извѣщеніе лицъ заинтересованныхъ и публикація для вызова протестовъ. При отсутствіи протестовъ сдѣлка совершается въ двухъ экземплярахъ, изъ которыхъ одинъ вкладывается въ папку, образующую нѣчто въ родѣ подвижного каталога, а другой, имѣющій также силу оригинала, вручается пріобрѣтателю. Съ каждой перемѣной субъекта права листъ въ папкѣ подвергается возобновленію—старый уничтожается, а на его мѣсто вкладывается новый. Такимъ образомъ, ипотечная книга находится въ состояніи постояннаго измѣненія. Обозрѣніе книгъ доступно всѣмъ и каждому за нѣкоторую плату. Въ австралійской системѣ формальное начало окончательно торжествуетъ надъ матеріальнымъ. Начало достовѣрности идетъ такъ далеко, что противъ вотчинныхъ актовъ допустимо только одно возраженіе—о подлогѣ. Всякія, самыя несомнѣнныя, права третьихъ лицъ разбиваются о publica fides, присвоенную вотчиннымъ актамъ. Если произошла ошибка, хотя по винѣ администраціи, пострадавшій имѣетъ личный искъ къ получившему выгоду—въ Австраліи земля цѣнится только съ точки зрѣнія ея мѣновой цѣнности. Если онъ не получитъ удовлетворенія, то ему выдается сумма изъ страхового фонда, спеціально образованнаго для этой цѣли.

§ 20.

Владѣніе.

Литература: Морошкинъ, *О владѣніи по началамъ россійскаго законодательства*, 1837; Кавелинъ, *О теоріяхъ владѣнія* (Сочиненія, т. I); Іерингъ, *Объ основаніи защиты владѣнія*, 1883; Іерингъ, *Теорія владѣнія*, 1895; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. 1, стр. 509—612; Поповъ, *Владѣніе и его защита по русскому гражданскому праву* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1874, кн. 4 и 5). Юреневъ, *Искъ о защитѣ владѣнія по русскимъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1875, кн. 2); Оксъ, *Виндикація* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1874, №№ 2 и 3); Лыкошинъ, *Объ отысканіи недвижимыхъ имѣній изъ чужого владѣнія* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1888, № 4); Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, в. 2, 1896, стр. 3—57; Васьковскій, *Понятіе владѣнія по русскому праву* („Ж. М. Ю." 1896, № 4); Фридштейнъ, *О владѣльческомъ искѣ по дѣйствующему русскому праву* („В. Пр." 1900, № 7); Петражицкій, *Право добросовѣстнаго владѣльца на доходы съ точекъ зрѣнія догмы и политики права*, 2 изд. 1902; Покровскій, *Основные вопросы владѣнія въ новомъ германскомъ уложеніи* („В. Пр." 1899, № 1); Покровскій, *Владѣніе въ русскомъ проектѣ гражданскаго уложенія* („Ж. М. Ю." 1902, № 10);

I. Понятіе о владѣніи. *Владѣніемъ называется обезпеченное объективнымъ правомъ фактическое господство лица надъ вещью, соединенное съ намѣреніемъ присвоить ее себѣ.* Изъ этого опредѣленія обнаруживаются два существенныхъ момента въ понятіи о владѣніи—субъективный и объективный.

a) Объективный признакъ заключается въ томъ внѣшнемъ отношеніи лица къ вещи, которое даетъ ему возможность дѣйствительнаго пользованія и распоряженія ею, и которое подобно отношенію къ вещи со стороны хозяина-собственника,—«въ видѣ собственности» (т. X ч. 1 ст. 533).

b) Субъективный моментъ состоитъ въ томъ, что лицо, господствуя надъ вещью, можетъ быть, безъ всякаго законнаго основанія, тѣмъ не менѣе желаетъ имѣть ее для себя, пользоваться и распоряжаться ею, какъ будто оно имѣетъ право собственности,—«на правѣ собственности» (т. X ч. 1 стр. 560). Конечно, воля человѣка скрыта отъ постороннихъ, но направленіе ея можетъ быть опредѣлено по внѣшнему выраженію.

По наличности субъективнаго признака, владѣніе въ тѣсномъ значеніи слова, называемое также юридическимъ (въ виду его юридическихъ послѣдствій), противополагается господству надъ вещью безъ намѣренія присвоить. Владѣя вещью, лицо

признаетъ право другого лица на нее и только пользуется ею съ разрѣшенія собственника или настоящаго владѣльца. Такое отношеніе носитъ названіе детенціи, которая можетъ быть переведена на русскій языкъ словомъ держаніе (ср. юго-западное, съ польскаго, выраженіе держава-аренда, державецъ-арендаторъ, содержаніе, т. X ч. 1 ст. 1691, т. VIII, ч. 1, уст. каз. обр. ст. 1, залогодержатель). Держаніемъ, а не владѣніемъ, должно быть признано отношеніе, въ которомъ лицо господствуетъ надъ вещью въ силу найма, ссуды, поклажи.

Въ исторіи гражданскаго права столкнулись два представленія о владѣніи, римское и германское. Съ римской точки зрѣнія владѣніе (possessio) влекло за собой юридическія послѣдствія, если оно соединяло въ себѣ corpus possessionis и animus rem sibi habendi. Съ германской точки зрѣнія, выработавшейся въ средніе вѣка, владѣніе (Gewere) не имѣло въ основаніи своемъ субъективнаго момента и юридическая защита давалась фактическому состоянію, хотя бы владѣлецъ отрицалъ свое желаніе присвоить себѣ вещь, т.-е. не дѣлалось различія между владѣніемъ и держаніемъ. Борьба римскаго и германскаго принциповъ привела къ побѣдѣ перваго, но въ послѣднее время и въ наукѣ и въ законодательствѣ обнаружилось теченіе въ пользу германскаго начала.

Въ наукѣ римская точка зрѣнія получила общее признаніе въ половинѣ XIX столѣтія благодаря авторитету Савиньи. Но въ концѣ этого вѣка выдвинулась теорія, обязанная главнымъ образомъ авторитету Іеринга, которая отвергла необходимость и возможность субъективнаго момента для владѣнія, а вмѣстѣ съ тѣмъ стерла различіе между владѣніемъ и держаніемъ. Владѣльческую защиту пріобрѣтаетъ не владѣніе въ отличіе отъ держанія, но вообще всякое обладаніе, насколько необходимость такой защиты выдвигается самою жизнью. Только этимъ и объясняется, говорятъ, то, что въ Римѣ поссессорною защитою пользовался залогодержатель, хотя онъ и не проявляетъ намѣренія присвоить заложенную ему вещь. Утверждаютъ, что субъективный моментъ неуловимъ, затруднителенъ для доказыванія передъ судомъ. Едва ли съ этимъ можно согласиться. Теорія Іеринга создаетъ раздвоеніе представленія о владѣніи: одно представленіе слѣдуетъ имѣть въ виду, когда рѣчь идетъ о защитѣ владѣнія, другое,—когда возникаетъ вопросъ о превращеніи владѣнія по давности въ право собственности, такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ субъективный признакъ необходимъ. По-

чему же во второмъ случаѣ намѣреніе присвоенія уловимо, а въ первомъ нѣтъ? Какое преимущество создавать два совершенно разныхъ юридическихъ понятія тамъ, гдѣ до сихъ поръ было одно?

Если отъ исторіи и политики права перейти къ положительнымъ законодательствамъ, то обнаружится, что законодательства начала XIX вѣка понимаютъ владѣніе, какъ юридическое, и строго отграничиваютъ его отъ держанія. Такъ, французскій кодексъ 1804 года признаетъ необходимость для владѣнія обоихъ моментовъ (§ 2229). Чтобы облегчить доказываніе намѣренія, кодексъ устанавливаетъ два предположенія: 1) всякій предполагается владѣющимъ отъ своего имени, на правѣ собственника, пока противное не будетъ доказано, и 2) начавшій держать отъ чужого имени предполагается продолжающимъ такое отношеніе къ вещи, пока не докажетъ противнаго. Точно такъ же смотритъ на владѣніе австрійское гражданское уложеніе 1811 года (§ 309). Напротивъ, въ концѣ XIX столѣтія законодательства переходятъ къ средневѣковой германской точкѣ зрѣнія. Такъ, по германскому гражданскому уложенію 1896 года различіе между юридическимъ владѣніемъ и детенціей устранено, владѣніе вещью пріобрѣтается достиженіемъ дѣйствительнаго господства надъ вещью (§ 854). Если отличіе держанія отъ владѣнія смущало нѣкоторыхъ съ той стороны, что оно совершенно недоступно человѣку, не получившему юридическаго образованія и неспособному понять, почему не арендаторъ, а воръ пользуется владѣльческою защитою, то теперь примѣръ германскаго уложенія можетъ внушить не менѣе серьезное опасеніе, въ состояніи ли будутъ сами юристы уловить тѣ виды и оттѣнки владѣнія (mittelbarer, unmittelbarer, Eigen-Fremdbesitz), какіе принуждено было законодательство создать, сойдя съ прежней почвы. Къ сожалѣнію, нѣмецкіе юристы до сихъ поръ не выяснили, какую соціальную цѣль преслѣдовало германское уложеніе, создавая широкую владѣльческую защиту, и въ чемъ ея юридическое основаніе. Затрудненіе съ воромъ не исчезло: по мнѣнію нѣмецкихъ юристовъ, обокраденный воръ пользуется владѣльческою защитою противъ второго вора. Примѣру германскаго уложенія послѣдовалъ и новѣйшій швейцарскій гражданскій кодексъ (§ 912), для котораго владѣніе есть всякое фактическое господство (la maitrise effective).

Что̀ касается русскаго законодательства, то ясной точки зрѣнія въ немъ нельзя обнаружить, что̀ и подаетъ поводъ

привлекать его на сторону той и другой теоріи. Выраженіе «владѣніе» употребляется въ самомъ различномъ смыслѣ: и какъ синонимъ права собственности, и какъ пользованіе, и какъ владѣніе. Въ послѣднее время русскіе юристы, поддаваясь новѣйшему теченію германской мысли, стали усиленно проводить взглядъ, что въ русскомъ законодательствѣ для вопроса о защитѣ не имѣетъ никакого значенія различіе между владѣніемъ и держаніемъ. Въ пользу того мнѣнія, что владѣніе у насъ понимается въ широкомъ смыслѣ, охватывая и держаніе, приводятъ то, α) что нельзя проводить различіе тамъ, гдѣ его не даетъ самъ законъ, β) что по закону всякое, даже и незаконное, владѣніе охраняется отъ насилія и самоуправства, γ) что въ стт. 514 и 515 подъ правомъ владѣнія слѣдуетъ понимать и держаніе. Въ пользу противоположнаго взгляда говорятъ слѣдующія соображенія: α) законъ нигдѣ не проводитъ различія между владѣніемъ, подлежащимъ поссессорной защитѣ, и владѣніемъ, превращающимся съ теченіемъ времени въ право собственности, а потому, если для второго законъ требуетъ признака «въ видѣ собственности», «на правѣ собственности», то нѣтъ основанія устранять этотъ признакъ и для перваго случая; β) законъ говоритъ о различіи владѣнія законнаго и незаконнаго, добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго, которое не имѣло бы никакого смысла въ примѣненіи къ держанію; γ) ст. 515, обезпечивающая охраненіе всякаго владѣнія, можетъ быть приводима въ пользу противоположнаго взгляда только въ томъ случаѣ, если будетъ доказано, что законъ со словомъ владѣніе соединяетъ представленіе о держаніи, а это-то именно и нужно доказать. Изъ представленнаго выше очерка развитія теоріи и законодательствъ по вопросу о владѣніи обнаружилось, что въ то время, когда складывалось русское законодательство по вопросу о владѣніи (Сводъ Законовъ) преобладалъ взглядъ, что владѣніе характеризуется двумя моментами, и, прибѣгая къ толкованію законовъ по общему духу, мы должны становиться на точку зрѣнія, господствовавшую во время ихъ изданія. Въ послѣднее время Сенатъ высказалъ взглядъ, что пользованіе землею по арендному договору (держаніе) не можетъ быть приравниваемо къ владѣнію (кас. рѣш. 1909, № 6).

Владѣніе, когда оно соединено въ одномъ лицѣ съ правомъ собственности, по мнѣнію нашего закона (т. X ч. 1 ст. 513), есть существенная часть самого этого права. Но владѣніе можетъ не совпасть съ правомъ собственности, и тогда оно представляетъ

собою особый институтъ. Юридическое значеніе владѣнія выражается въ томъ, 1) что оно охраняется закономъ отъ посягательствъ постороннихъ лицъ само по себѣ, независимо отъ вопроса о правѣ собственности (т. X ч. 1 ст. 531), и 2) что, продолжаясь извѣстное время, оно превращается въ право собственности (т. X ч. 1 ст. 533).

Спорнымъ представляется вопросъ, составляетъ ли владѣніе фактъ или право. Въ подтвержденіе того, что владѣніе есть только фактъ, приводятъ то, что его нельзя и опредѣлить иначе, какъ противопоставивъ праву, что владѣлецъ тѣмъ именно отличается отъ собственника, что онъ фактически относится къ вещи такъ, какъ имѣетъ право относиться собственникъ (Виндшейдъ). Владѣніе, хотя и фактъ, но сопряжено съ юридическими послѣдствіями. Его нарушеніе есть правонарушеніе, потому что нарушается гражданскій порядокъ, личность владѣющаго. Съ такимъ взглядомъ нельзя согласиться. α) То, что владѣніе, хотя и фактъ, сопряжено съ юридическими послѣдствіями, еще не скрываетъ въ себѣ противорѣчія, потому что и рожденіе, безвѣстное отсутствіе, хотя и не права, влекутъ за собою юридическія послѣдствія. Но важно то, что владѣніе пріобрѣтается и утрачивается, а къ этому факты неспособны. Мало того, владѣніе передается по наслѣдству (герм. улож. § 857), а наслѣдство составляетъ совокупность правъ и обязанностей, но не фактовъ. β) Нарушеніе владѣнія составляетъ правонарушеніе, и не потому, что при этомъ нарушается какое-либо иное право; нарушеніе владѣнія можетъ имѣть мѣсто и тамъ, гдѣ не было ни насилія надъ личностью владѣльца, ни оскорбленія общественнаго порядка. Поэтому владѣніе слѣдуетъ считать за право. По мнѣнію Дернбурга, тѣ, кто, подобно Виндшейду, видятъ въ субъективномъ правѣ «господство воли», должны признать владѣніе правомъ, потому что во владѣніи несомнѣнно проявляется господство воли. Но отрицать за владѣніемъ характеръ права едва ли могутъ и тѣ, кто, подобно Дернбургу, представляютъ себѣ субъективное право, какъ «участіе въ житейскихъ благахъ», потому что владѣніе есть несомнѣнно благо (beati possidentes!). Въ послѣднее время германскіе юристы вынуждены были признать, что съ точки зрѣнія германскаго уложенія владѣніе составляетъ право. Если владѣніе право, то его слѣдуетъ причислить къ категоріи вещныхъ правъ, такъ какъ оно, a) охраняемое противъ каждаго, имѣетъ абсолютный характеръ, b) имѣющее своимъ объектомъ вещь,

обладаетъ всѣми признаками вещного права. Съ точки зрѣнія русскаго законодательства, владѣніе есть право, какъ по приведеннымъ общимъ соображеніямъ, такъ и по наименованію его «правомъ владѣнія» (т. X ч. 1 кн. II отд. V—заглавіе).

Спрашивается, каково же основаніе защиты владѣнія независимой отъ вопроса о правѣ собственности? Это основаніе нельзя видѣть въ охраненіи личности владѣльца, какъ это полагалъ Савиньи. Нарушеніе владѣнія не всегда соединяется съ какимъ-либо посягательствомъ противъ самаго владѣльца, напр. при кражѣ, а съ другой стороны возможность насилія противъ личности должна бы доставить владѣльческую защиту и держателямъ, что не вездѣ встрѣчается. Нельзя также видѣть это основаніе въ охраненіи общественнаго порядка, какъ полагалъ Рудольфъ, а у насъ Морошкинъ, потому что нарушеніе владѣнія можетъ и не сопровождаться нарушеніемъ общественнаго порядка, напр., при покупкѣ и занятіи парохода, который продавцу не принадлежалъ, а былъ ему только ввѣренъ.

Настоящее основаніе защиты владѣнія, какъ такового, независимо отъ вопроса о правѣ собственности, составляетъ предположеніе права собственности на сторонѣ владѣльца. Наблюденіе показываетъ, что въ огромномъ большинствѣ случаевъ владѣніе совпадаетъ съ правомъ собственности. Отсюда чрезвычайно мало шансовъ ошибиться, если предположить владѣльца собственникомъ. Если такъ, то владѣльцу достаточно отстоять свое владѣніе, не выдвигая своихъ правъ собственности. Въ значительномъ числѣ случаевъ такое отстаиваніе владѣнія окажется достаточнымъ для охраны интересовъ собственника, потому что у противника нѣтъ доказательствъ въ пользу его права. Такимъ образомъ представляется цѣлесообразнымъ, для облегченія защиты права собственности, предоставить владѣльцу защищать его владѣніе. И чѣмъ меньшею опредѣленностью отличается правовой порядокъ въ данное время въ данной странѣ, тѣмъ болѣе основанія къ организаціи подобной облегченной защиты. Въ многочисленныхъ случаяхъ доказываніе права собственности не только на движимости, но и на недвижимости, за отсутствіемъ актовъ укрѣпленія, представляетъ значительныя затрудненія. Если бы не существовало спеціальной владѣльческой защиты, то стоило бы кому-либо завладѣть вещью, принадлежащею другому, какъ послѣдній былъ бы поставленъ въ трудное положеніе опровергать правильность владѣнія нарушителя. Нецѣлесообразно было бы

выводить на сцену весь сложный аппаратъ доказыванія права собственности на огромное имѣніе, въ которомъ сосѣдъ по невѣдѣнію или намѣренно запахалъ нѣсколько десятинъ земли. Такое основаніе владѣльческой защиты принимается и нашимъ Сенатомъ, по мнѣнію котораго «владѣніе есть право, по содержанію своему близко подходящее къ праву собственности, и даже замѣняющее его для владѣльца, доколѣ не будетъ доказано, что сильнѣйшее, лучшее право на ту же вещь, дающее то же право на владѣніе, право собственности, принадлежитъ другому» (кас. рѣш. 1871, № 1219).

Если таково дѣйствительно основаніе защиты владѣнія, то понятно, почему не защищаются держатели, какъ, напр., арендаторы, которые прямо заявляютъ, что ихъ владѣніе не свидѣтельствуетъ о правѣ собственности. Они сами опровергаютъ то предположеніе, въ виду котораго организована эта спеціальная защита. Говорятъ, странно не давать защиту арендатору, когда ею пользуется воръ. Но при этомъ забываютъ, что въ тотъ моментъ, когда поднимается вопросъ о защитѣ владѣнія, никому неизвѣстно, что обладатель вещи—воръ. Если бы это было извѣстно, вещь немедленно была бы отобрана въ порядкѣ уголовнаго судопроизводства и передана собственнику. Воръ пользуется защитою владѣнія потому, что фактъ воровства неизвѣстенъ, и онъ, какъ владѣлецъ, предполагается собственникомъ.

Нѣкоторые изъ нашихъ ученыхъ (Неволинъ, Побѣдоносцевъ, Мейеръ) повторяютъ мнѣніе римскихъ юристовъ о томъ, что въ историческомъ развитіи владѣніе, какъ отношеніе фактическое, предшествуетъ праву собственности, какъ отношенію юридическому. Однако, слѣдуетъ признать болѣе вѣрнымъ противоположный взглядъ, высказанный Кавелинымъ, что въ развитіи вещныхъ правъ право собственности предшествуетъ владѣнію. Въ самомъ дѣлѣ, владѣніе есть институтъ поздняго происхожденія. На Западѣ защита владѣнія опирается исторически не на римскіе поссесорные иски, а на созданную каноническимъ правомъ actio spolii, которая имѣла своею цѣлью защитить епископовъ противъ тѣхъ, кто завладѣвалъ ихъ епархіями. У насъ защита владѣнія, какъ такового, возникаетъ при Екатеринѣ II (П. С. З. № 28338) и то несамостоятельно, а заимствуется изъ Литовскаго Статута, гдѣ оно образовалось подъ вліяніемъ римскаго права. Сенатскіе указы 30 іюня 1820 и 27 декабря 1823 гг. предписываютъ полиціи, немедленно

по полученіи жалобы на насильное завладѣніе, приводить въ ясность, въ чьемъ владѣніи было имѣніе тогда, когда учинено было насиліе, послѣ чего и возвращать его тому, у кого оно отнято, не входя при этомъ въ разсмотрѣніе представляемыхъ сторонами документовъ, такъ какъ это уже дѣло суда. Окончательно организуется защита владѣнія только съ изданіемъ Судебныхъ Уставовъ 1864, когда дѣла по нарушенію владѣнія перешли изъ рукъ полиціи къ мировымъ судьямъ. Если говорятъ, что владѣніе предшествовало праву собственности, то при этомъ смѣшиваютъ юридическое владѣніе съ чисто фактическимъ обладаніемъ вещью, безъ всякаго вопроса о правѣ или объ организованной защитѣ отношенія. Такъ, напр., группа кочующаго племени занимаетъ мѣстность, пригодную для пастбища и, конечно, не допуститъ другихъ на эту землю—такое отношеніе не можетъ быть названо владѣніемъ. Это совершенно не юридическое отношеніе. «Представимъ себѣ, говоритъ Дернбургъ (хотя это въ дѣйствительности невозможно, но мыслимо, какъ предположеніе), что исчезъ на землѣ правовой порядокъ,—тѣмъ не менѣе владѣніе останется». Здѣсь допущена ошибка: юридическое владѣніе именно не сохранится, потому что лишится своихъ главныхъ юридическихъ послѣдствій: защиты и перехода въ собственность. Отношенія къ вещамъ будутъ исключительно фактическаго характера,—это будетъ первобытное обладаніе, а не владѣніе. «Фактическое господство человѣка надъ вещью продолжало бы существовать, потому что оно есть необходимое условіе, обезпечивающее человѣку существованіе» (Дернбургъ). Но такое естественное или фактическое состояніе не имѣетъ ничего общаго съ институтомъ владѣнія, который вводится законодательною властью. Иначе пришлось бы признать за possessores кошку, поймавшую мышь, или медвѣдя, засѣвшаго въ берлогу.

II. Виды владѣнія. Законодательство наше различаетъ нѣсколько видовъ владѣнія.

1. Владѣніе можетъ быть *законное* или *незаконное* (т. X. ч. 1 ст. 523). Существенный признакъ, отличающій одно владѣніе отъ другого, состоитъ въ томъ, что законное владѣніе основывается на одномъ изъ тѣхъ юридическихъ фактовъ, которые, по закону, составляютъ вообще способъ пріобрѣтенія права собственности (т. X ч. 1 ст. 524), но въ данномъ случаѣ, за отсутствіемъ того или другого условія, не создали его. Такъ, напр., одно лицо пріобрѣло по даренію отъ другого вещь, а

между тѣмъ даритель самъ не имѣлъ права собственности, а потому не могъ и передать его другому,—въ этомъ случаѣ пріобрѣтатель имѣетъ только владѣніе, а не право собственности, но владѣніе законное, потому что въ основаніи его лежитъ дареніе. Напротивъ, владѣніе, не имѣющее въ основаніи подобнаго юридическаго факта, будетъ незаконнымъ, какъ, напр., владѣніе вещью со стороны лица, насильственно захватившаго ее. Незаконное владѣніе можетъ быть: a) подложное, b) насильственное и c) самовольное (т. X ч. 1 стт. 525—528). Относительно послѣдняго различія слѣдуетъ замѣтить, что все это трехчленное дѣленіе незаконнаго владѣнія лишено всякаго практическаго значенія. Оно можетъ имѣть интересъ исключительно съ точки зрѣнія уголовнаго права. Да и само различіе законнаго и незаконнаго владѣнія не имѣетъ у насъ того значенія, какое оно имѣло въ римскомъ правѣ и какое имѣетъ до сихъ поръ на Западѣ, потому что всѣ юридическія послѣдствія владѣнія, защита и пріобрѣтеніе по давности примѣняются безразлично къ тому или другому виду.

Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что высказанный здѣсь взглядъ на отличіе законнаго и незаконнаго владѣнія не можетъ считаться общепризнаннымъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ (Анненковъ), законнымъ владѣніе считается тогда, когда совпадаетъ съ правомъ собственности, незаконнымъ—когда расходится съ нимъ, другими словами, законное владѣніе есть то же, что право собственности, а незаконное владѣніе,—это владѣніе въ собственомъ смыслѣ слова. Но, если законное владѣніе то же, что право собственности, непонятно, какимъ образомъ законъ, говоря о владѣніи, отдѣльномъ отъ права собственности, предлагаетъ различать законное и незаконное владѣніе? Если законное владѣніе тождественно съ правомъ собственности, къ чему говорить—«всякое, даже незаконное, владѣніе охраняется правительствомъ, пока имущество не будетъ присуждено другому» (т. X. ч. 1 ст. 531), какъ будто могло возникнуть сомнѣніе, что право собственности защищается. Если мы обратимся къ Своду Законовъ изд. 1842, то увидимъ, что отдѣльное законное владѣніе состоитъ подъ общимъ охраненіемъ такъ же, какъ и собственность, оно равно неприкосновенно (ст. 441). Ясно, что законодательство и не думало сливать законное владѣніе съ правомъ собственности.

2. Большую важность имѣетъ различіе владѣнія *добросовѣстнаго* и *недобросовѣстнаго*. Владѣніе признается добросо-

вѣстнымъ, когда тотъ, кто владѣетъ вещью на правѣ собственности, не знаетъ объ обстоятельствѣ, препятствующемъ пріобрѣтенію имъ этого права. Таковъ, напр., случай вступленія во владѣніе по порядку законнаго наслѣдованія, безъ вѣдома о духовномъ завѣщаніи, которымъ вещь предоставлена другому (т. X. ч. 1 ст. 529). Другими словами, владѣніе признается добросовѣстнымъ въ томъ случаѣ, когда владѣлецъ не сознаетъ неправильности своего владѣнія.

Незаконное владѣніе всегда будетъ и недобросовѣстнымъ, но недобросовѣстное владѣніе можетъ быть и законнымъ, такъ что указанное различіе примѣнимо только къ законному владѣнію. Пріобрѣтая вещь законнымъ способомъ, лицо можетъ не знать о препятствіи, но, пріобрѣтая незаконнымъ образомъ, лицо во всякомъ случаѣ знаетъ о препятствіи къ пріобрѣтенію имъ права. Напротивъ, съ точки зрѣнія тѣхъ, кто законнымъ владѣніемъ считаетъ право собственности, указанное сейчасъ дѣленіе можетъ относиться только къ незаконному владѣнію. Здѣсь-то и обнаруживается неправильность такого взгляда на дѣленіе владѣнія на законное и незаконное. Въ противоположность ст. 525, дающей подраздѣленіе незаконнаго владѣнія на подложное, насильственное и самовольное, ст. 523 даетъ два дѣленія, равно относящіяся вообще къ владѣнію.

Владѣніе, добросовѣстное вначалѣ, можетъ впослѣдствіи сдѣлаться недобросовѣстнымъ, если владѣлецъ при наличности извѣстныхъ обстоятельствъ долженъ былъ убѣдиться въ неосновательности своего владѣнія. Напр., лицо покупаетъ имѣніе у собственника, а по прошествіи нѣкотораго времени ему становится извѣстно, что продавецъ въ моментъ совершенія сдѣлки былъ уже признанъ въ установленномъ порядкѣ сумасшедшимъ (кас. рѣш. 1879, № 90). Предъявленіе иска къ владѣльцу не разрушаетъ его добросовѣстности, но только обязываетъ къ сохраненію плодовъ съ этого момента въ пользу собственника (т. X ч. 1 ст. 530). Страннымъ образомъ нашъ законъ приравниваетъ къ недобросовѣстному владѣльцу срочнаго содержателя казенной оброчной статьи, который не снесетъ, при наступленіи срока, поставленнаго имъ на землѣ строенія (т. VIII, ч. 1, уст. каз. обр. ст. 75).

Практическое значеніе разматриваемаго различія сводится къ различію въ объемѣ отвѣтственности владѣльца передъ собственникомъ по прекращеніи владѣнія. На Западѣ значеніе различія усиливается требованіемъ добросовѣстности для пріо-

обрѣтенія права собственности по давности. Владѣніе признается добросовѣстнымъ, пока противное не будетъ доказано.

III. Возникновеніе и прекращеніе владѣнія. Изъ обоснованія владѣнія выяснилась тѣсная связь владѣнія съ правомъ собственности. Поэтому *субъектомъ* владѣнія можетъ быть только то лицо, которое способно быть субъектомъ права собственности, такъ что, напр., иностранецъ не можетъ обращаться къ власти съ требованіемъ защиты владѣнія недвижимостью, на которую онъ по закону не можетъ пріобрѣсти права собственности. Владѣніе предполагаетъ намѣреніе присвоенія вещи, между тѣмъ многія лица лишены воли,—малолѣтніе, сумасшедшіе и др., и потому не могли бы пріобрѣтать владѣнія; они могутъ фактически установить господство, но не могутъ проявить намѣренія присвоить. За нихъ пріобрѣтаютъ владѣніе ихъ представители—опекуны и попечители.

Въ силу того же положенія, что владѣніе защищается въ предположеніи права собственности, *объектомъ* владѣнія можетъ быть вещь, способная стать объектомъ права собственности, слѣдовательно: a) только матеріальная вещь и притомъ b) не исключенная изъ оборота. Объектомъ владѣнія не могутъ быть именныя акціи, потому что это не вещи, а наше законодательство не знаетъ владѣнія правами (possessio juris—кас. рѣш. 1903, № 31). Если бы кто завладѣлъ городскою площадью, онъ не могъ бы ни искать владѣльческой защиты, ни разсчитывать на превращеніе его владѣнія по давности въ право собственности.

Одна и та же вещь не можетъ быть объектомъ исключительнаго владѣнія нѣсколькихъ лицъ, какъ не можетъ одна и та же вещь принадлежать нѣсколькимъ на правѣ частной собственности. Но какъ возможна общая собственность, такъ допустимо и совмѣстное владѣніе нѣсколькихъ лицъ одною и тою же вещью сообща, а не исключительно: напр., нѣсколько мнимыхъ сонаслѣдниковъ владѣли вмѣстѣ домомъ, пока не представлено было завѣщаніе истиннымъ наслѣдникомъ.

Владѣніе предполагаетъ, какъ мы видѣли, наличность двухъ моментовъ, внутренняго и внѣшняго. Поэтому пріобрѣтеніе владѣнія выступаетъ только тогда, когда эти моменты, намѣреніе присвоенія и господство надъ вещью, соединяются въ одно. Для полученія такого результата недостаточно одного намѣренія, потому что непроявленное во внѣ не влечетъ никакихъ юридическихъ послѣдствій, недостаточно и одного гос-

подства безъ намѣренія присвоить, потому что это будетъ только держаніе.

1. Дѣйствіе, которымъ устанавливается господство надъ вещью, носитъ названіе *овладѣнія*. Овладѣніе не требуетъ непремѣнно физическаго прикосновенія къ вещи—достаточно такое обращеніе съ вещью, какое предполагается обыкновенно у собственника. Овладѣть вещью можно или съ согласія и при участіи прежняго ея владѣльца, или помимо его. Въ первомъ случаѣ будетъ передача, во второмъ—захватъ.

a. *Захватъ* есть односторонній актъ овладѣнія и предполагаетъ такое отношеніе къ вещи, которое давало бы возможность господства надъ вещью. Если вещь до этого времени находилась во владѣніи другого лица, то необходимо устранить это лицо отъ господства.

b. *Передача* есть двухсторонній актъ овладѣнія, основанный на взаимномъ согласіи прежняго и новаго владѣльца и на дѣйствіяхъ той и другой стороны,—на врученіи и принятіи вещи. Передача недвижимостей совершается безъ прикосновенія къ объекту, посредствомъ письменныхъ актовъ, но возможно и физическое дѣйствіе: домовладѣлецъ предоставляетъ сосѣду часть своего двора для застройки и указываетъ ему мѣсто для этого. Видимая передача движимыхъ вещей также иногда устраняется. Это возможно въ двухъ случаяхъ. Лицо, къ которому должно перейти владѣніе, имѣло уже вещь въ своихъ рукахъ, держало ее, напр., по договору ссуды. Здѣсь врученіе представляется совершенно излишнимъ, потому что достаточно измѣнить субъективную сторону отношенія, чтобы установить владѣніе. Въ иныхъ случаяхъ предоставленіе возможности господства надъ вещью не нуждается въ передачѣ самыхъ вещей, когда господство надъ ними стоитъ въ зависимости отъ другихъ обстоятельствъ. Сюда относится, напр., передача ключей отъ виннаго погреба, въ которомъ находятся бочки съ виномъ—возможность господства надъ ними зависитъ отъ обладанія ключами отъ помѣщенія. Такая передача называется символической. Она имѣетъ особенно важное значеніе въ торговомъ быту, гдѣ существуютъ документы, обладаніе которыми соединено съ возможностью господства и распоряженія. Такое значеніе имѣютъ коносаменты въ перевозкѣ по морю и квитанціи въ перевозкѣ по внутреннимъ водамъ, дубликаты накладныхъ въ желѣзнодорожной перевозкѣ, складочныя свидѣтельства, выдаваемыя товарными складами, и нѣкоторыя другія распорядительныя бумаги.

2. Субъективный моментъ—*намѣреніе присвоенія* состоитъ не только во внутреннемъ убѣжденіи овладѣвающаго, но долженъ выразиться во внѣ такъ, чтобы намѣреніе стало явно для всѣхъ. Намѣреніе можетъ обнаружиться, напр., изъ клейменія сплавляемыхъ по рѣкѣ бревенъ. Лицо владѣющее можетъ по своему усмотрѣнію измѣнить свое намѣреніе, но это не будетъ имѣть значенія, пока воля его не обнаружится изъ внѣшнихъ обстоятельствъ. Такъ, напр., наниматель дома будетъ признаваться держателемъ, а не владѣльцемъ, пока онъ вноситъ плату, относится къ собственнику, какъ къ хозяину; но когда отказывается платить періодическую плату, не допускаетъ хозяина до распоряженій, онъ превращается во владѣльца. Помѣщикъ предоставляетъ крестьянамъ, въ виду ихъ бѣдности, часть своей земли въ безвозмездное пользованіе. Сколько бы лѣтъ ни продолжалось такое пользованіе, оно никогда не превратится въ собственность, потому что это не владѣніе. Но оно можетъ стать владѣніемъ, если и когда крестьяне обнаружатъ свое намѣреніе присвоить себѣ землю, отказавъ, напр., возвратить ее по требованію собственника.

Для возникновенія владѣнія требуется соединеніе субъективнаго и объективнаго моментовъ. Для *прекращенія владѣнія* достаточно устраненія того или другого момента.

1. Владѣніе прекращается, когда теряется господство надъ вещью, по собственной ли волѣ владѣльца, при врученіи ея другому, при оставленіи ея на произволъ, или же помимо его воли, утратою вещи, захватомъ ея со стороны другого. Потеря вещи прекращаетъ владѣніе только въ томъ случаѣ, если возможность господства открывается для всѣхъ другихъ, напр., потеря кольца на улицѣ, но не дома, напротивъ, потеря кольца въ собственной квартирѣ не прекращаетъ владѣнія, потому что хозяинъ квартиры есть владѣлецъ всего, въ ней находящагося, въ цѣломъ.

2. Владѣніе прекращается, когда владѣлецъ теряетъ желаніе имѣть вещь для себя. Онъ можетъ прямо выразить свою волю въ этомъ направленіи или же его намѣреніе можетъ быть выведено изъ обстоятельствъ дѣла. Необходимо, конечно, чтобы лицо, отказывающееся отъ владѣнія, было дѣеспособно. Выраженіе воли, противоположной намѣренію присвоенія, можетъ быть соединено съ прекращеніемъ господства надъ вещью или же съ сохраненіемъ его. Продолжая господствовать надъ вещью, пользоваться ею, владѣлецъ заявляетъ свое намѣреніе владѣть

вещью отъ имени другого. Напр., собственникъ дома, продавъ его другому лицу, продолжаетъ жить въ немъ на основаніи найма; Екатерина II купила у Дидро библіотеку, сохранивъ ее у него до его смерти.

Хотя нормальнымъ представляется пріобрѣтеніе и потеря владѣнія тѣмъ именно лицомъ, которое выражаетъ свое намѣреніе, но возможно также *возникновеніе и прекращеніе владѣнія черезъ представителя* (т. X ст. 527). Для этого необходимо: a) чтобы представитель овладѣлъ вещью, напр., управляющій имѣніемъ запахалъ часть земли сосѣдняго помѣщика, b) чтобы онъ совершилъ это дѣйствіе отъ имени лица представляемаго, согласно данному или предполагаемому полномочію, во всякомъ случаѣ не вопреки волѣ представляемаго. Совершаетъ ли представитель овладѣніе отъ имени послѣдняго или въ свою пользу, это обнаруживается изъ обстоятельствъ дѣла. Для прекращенія владѣнія, осуществляемаго черезъ представителя, необходимо: a) чтобы представитель потерялъ господство надъ вещью, все равно съ согласія представляемаго лица или безъ того, или b) чтобы представляемый оставилъ намѣреніе имѣть вещь для себя.

IV. Защита владѣнія. По русскому законодательству всякое владѣніе, даже и незаконное, охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства дотолѣ, пока имущество не будетъ присуждено другому и сдѣланы надлежащія по закону, о передачѣ онаго, распоряженія (т. X ч. 1 ст. 531). Слѣдовательно, законъ различаетъ споръ о владѣніи отъ спора о правѣ собственности и обезпечиваетъ неприкосновенность перваго, независимо отъ вопроса о второмъ. Во французскомъ правѣ эта мысль выражена въ положеніи le possessoire et le pétitoire ne peuvent jamais être cumulés (C. de proc. § 25). Сущность защиты владѣнія, составляющая въ то же время его особенность, заключается въ томъ, что при возбужденіи спора о владѣніи устраняются всякіе вопросы о правѣ собственности. Поэтому слѣдуетъ признать совершенно неправильною тенденцію нашей практики допускать сліяніе исковъ о владѣніи и о правѣ собственности. Споръ о правѣ собственности въ возбужденномъ поссесорномъ процессѣ не можетъ имѣть мѣста, пока не разрѣшенъ будетъ споръ о владѣніи. Соотвѣтственно тому, по дѣламъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія судъ не входитъ въ разсмотрѣніе документовъ, удостовѣряющихъ право собственности на недвижимое имѣніе, но лишь возстановляетъ нарушенное

владѣніе (уст. гр. суд. ст. 73). Это не значитъ, что въ этихъ дѣлахъ устраняется возможность представленія документовъ, но только ограничивается ихъ значеніе: они могутъ быть представляемы въ подтвержденіе владѣнія, но не права собственности. Такъ, документы могутъ служить подтвержденіемъ границъ владѣнія. Постановленное судомъ рѣшеніе по вопросу о владѣніи не имѣетъ значенія для процесса о правѣ собственности. Въ послѣднемъ процессѣ можетъ быть постановлено рѣшеніе, признающее право собственности совсѣмъ не за тѣмъ лицомъ, за которымъ было признано владѣніе въ первомъ процессѣ. Но это различіе между поссесорнымъ и петиторнымъ процессомъ въ нашей практикѣ совершенно смѣшалось. Сенатъ держится того взгляда, что когда искъ о защитѣ владѣнія предстанетъ предъ окружнымъ судомъ, а тамъ, гдѣ мировымъ судьямъ подсудны иски о правѣ собственности на недвижимость, то и передъ мировымъ судомъ,—то допустимо разсмотрѣніе представляемыхъ сторонами письменныхъ доказательствъ ихъ права собственности. Сенатъ самъ пришелъ къ выводу, что при такихъ условіяхъ искъ о защитѣ владѣнія «въ значительной степени утрачиваетъ характеръ иска владѣльческаго и весьма мало въ чемъ разнствуетъ съ искомъ о правѣ собственности» (Общ. Собр. 1910, № 44). Но, спрашивается, какимъ образомъ Сенатъ, толкователь законовъ, могъ допустить такое, противное смыслу закона, уничтоженіе владѣльческаго иска?

Разсматривая условія защиты владѣнія по русскому праву, мы должны остановиться на вопросахъ, относительно какихъ вещей допускается защита, какое владѣніе подлежитъ охраненію, что называется нарушеніемъ владѣнія и въ какомъ порядкѣ происходитъ возстановленіе его.

1. Относительно вопроса о томъ, *какія вещи охраняются* владѣльческими исками, мнѣнія русскихъ ученыхъ раздѣлились, да и въ практикѣ замѣчается колебаніе, что̀ объясняется отсутствіемъ ясныхъ указаній въ законѣ. Вопросъ въ томъ, подлежитъ ли защитѣ владѣніе только недвижимостями, или также и движимыми вещами? Защитники перваго взгляда основываются α) на томъ, что законъ не указываетъ въ особенности на защиту владѣнія движимыми вещами, что̀ необходимо было бы, по ихъ мнѣнію, въ виду сомнительности вопроса на Западѣ; β) на томъ, что движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, пока противное не будетъ доказано (т. X ч. 1 ст. 534); γ) наконецъ, на трудности отдѣлить

поссессорный искъ отъ петиторнаго по отношенію къ движимости. Противъ этого воззрѣнія можно выставить слѣдующія соображенія: α) изъ того, что законъ не упоминаетъ особо о движимыхъ вещахъ, можно вывести совершенно обратное, а именно, что законъ для нихъ не дѣлаетъ исключенія; β) предположеніе права собственности на сторонѣ того, кто владѣетъ (т. X ч. 1 ст. 534),—а только это и содержится въ указанной статьѣ,—есть общее основаніе защиты владѣнія, а потому относится въ равной степени какъ къ движимостямъ, такъ и къ недвижимостямъ; γ) наконецъ, во многихъ случаяхъ владѣніе движимыми вещами нуждается въ особой защитѣ болѣе, чѣмъ владѣніе недвижимостями, потому что доказываніе права собственности на объекты перваго рода часто бываетъ соединено съ значительными трудностями, тогда какъ право собственности на недвижимости большею частью удостовѣряется актами укрѣпленій. Напр., весною на берегу Волги по ошибкѣ грузится чужая баржа; собственнику въ горячее время дорогъ каждый день, и онъ предпочтетъ доказывать передъ мѣстнымъ земскимъ начальникомъ свое владѣніе этою баржею, чѣмъ собирать доказательства своихъ правъ собственности на нее и ѣхать въ губернскій городъ для предъявленія иска въ окружномъ судѣ. δ) Въ Мотивахъ къ Судебнымъ Уставамъ сказано: «Мировой судья, не входя въ разсмотрѣніе самаго права на владѣніе, долженъ ограничиваться возвращеніемъ имущества тому, въ чьемъ владѣніи оно состояло до нарушенія, и при томъ безразлично, относится ли нарушеніе до движимаго или недвижимаго имѣнія». Въ виду этого слѣдуетъ признать, что защитѣ владѣнія, независимо отъ вопроса о правѣ собственности, подлежатъ какъ недвижимыя, такъ и движимыя вещи. Практика наша, однако, склоняется къ противоположному взгляду и не допускаетъ иска о защитѣ владѣнія движимыми вещами отдѣльно отъ вопроса о правѣ собственности (мало мотивированное кас. рѣш. 1873, № 783).

2. Защитѣ подлежитъ не всякая связь лица съ вещью, а только *владѣніе въ видѣ собственности*, т.-е. господство, соединенное съ намѣреніемъ присвоенія. Поэтому владѣльческой защитѣ не должно подлежать простое держаніе, напр., въ силу договора ссуды или найма. Доказательствомъ этого положенія можетъ служить то, что частныя лица и общества, владѣющія имуществами казенныхъ управленій на правѣ пользованія, въ случаѣ нарушенія кѣмъ-либо ихъ владѣнія, могутъ и непосредственно отъ себя предъявлять иски о возстановленіи нару-

шеннаго владѣнія (уст. гр. суд. ст. 1314). Если бы это было общимъ правиломъ, то о немъ незачѣмъ было говорить. Законъ въ этомъ случаѣ дѣлаетъ исключеніе изъ предполагаемаго имъ общаго правила, когда такой искъ можетъ быть предъявленъ только собственникомъ или дѣйствительнымъ владѣльцемъ, а не держателемъ. Такъ какъ вообще права собственника въ отношеніи третьихъ лицъ черезъ уступку владѣнія или пользованія нисколько не уменьшаются, то такая уступка не лишаетъ собственника права ограждать имущество отъ постороннихъ лицъ (кас. рѣш. 1875, № 426), а потому и защита владѣнія не можетъ принадлежать тому, кто отрицаетъ за собою право собственности. Допустить же совмѣстно возможность владѣльческаго иска и для собственника и для арендатора, какъ это дѣлаетъ, напр., германское уложеніе (§ 868), значитъ признать двухъ владѣльцевъ по отношенію къ одной и той же вещи, при томъ безъ всякой общности владѣнія. Но какъ примирить такое признаніе двухъ лицъ владѣльцами одной вещи съ опредѣленіемъ владѣнія, какъ фактическаго господства? Итакъ, ни арендаторъ, ни пожизненный пользователь, ни лицо, введенное во владѣніе недвижимостью по просроченной закладной, ни вообще лицо, имѣющее только право на владѣніе или право пользованія въ чужомъ имѣніи, на какомъ бы то ни было основаніи, не могутъ защищать свое право посредствомъ иска о возстановленіи нарушеннаго владѣнія ни противъ постороннихъ вступщиковъ, ни тѣмъ болѣе противъ самого собственника. Этотъ взглядъ расходится съ мнѣніемъ, господствующимъ въ настоящее время въ русской литературѣ. Сенатъ признаетъ право на поссесорный искъ за арендаторомъ, называя его фактическимъ владѣльцемъ (кас. рѣш. 1886, № 88); однако, арендаторъ можетъ защищать свое владѣніе (держаніе) въ поссесорномъ порядкѣ противъ постороннихъ лицъ, но не противъ собственника (кас. рѣш. 1893, № 34) и не противъ другихъ арендаторовъ того же собственника (кас. рѣш. 1879, № 182).

Для обращенія къ защитѣ необходимо, чтобы истецъ непосредственно передъ самымъ нарушеніемъ владѣнія былъ владѣльцемъ. При преемственной перемѣнѣ нѣсколькихъ владѣльцевъ судъ можетъ защитить только послѣдняго изъ нихъ передъ наступившимъ нарушеніемъ. Побѣдоносцевъ приводитъ слѣдующій примѣръ. «Сосѣдъ отпахалъ у меня часть нивы. Я не жаловался. На другой годъ я запахиваю эту часть, почитая ее

своею собственностью. Сосѣдъ жалуется, утверждая, что онъ владѣетъ. Какъ тутъ понимать: чье было владѣніе, чье дѣйствіе должно почитаться нарушеніемъ спокойнаго владѣнія? Если я своевременно не воспользовался правомъ просить о возстановленіи владѣнія, я до рѣшенія суда лишилъ себя владѣнія, и потому мнѣ приходится доказывать уже право собственности».

3. Нарушеніемъ владѣнія будетъ всякое дѣйствіе, несогласное съ исключительнымъ господствомъ владѣльца надъ вещью. Оно можетъ состоять въ совершенномъ устраненіи господства, и тогда защита будетъ направлена на *возвращеніе* владѣнія, напр., кто-нибудь самовольно занялъ мою загородную дачу. Нарушеніе владѣнія можетъ состоять въ дѣйствіяхъ, препятствующихъ исключительному господству владѣльца, и тогда защита направлена будетъ на *охраненіе* владѣнія, напр., сосѣдъ устроилъ себѣ дорогу къ пчельнику черезъ мою землю, или кто-либо рубитъ мой лѣсъ и сплавляетъ бревна. Въ первомъ случаѣ цѣль иска заключается въ возстановленіи прежняго фактическаго состоянія, во второмъ—въ принятіи мѣръ, препятствующихъ лицу продолжать нарушеніе. Тотъ и другой видъ защиты владѣнія законъ нашъ обнимаетъ общимъ выраженіемъ—возстановленіе нарушеннаго владѣнія (уст. гр. суд. ст. 29 п. 4; ст. 1310). Наша судебная практика понимаетъ владѣльческій искъ въ смыслѣ какъ интердикта recuperandae possessionis, такъ и retinentae possessionis (кас. рѣш. 1892, № 18).

4. Остается разсмотрѣть *подсудность исковъ* о возстановленіи нарушеннаго владѣнія. Такіе иски, когда со времени наруженія прошло не болѣе 6 мѣсяцевъ, отнесены, по уставу гражданскаго судопроизводства (ст. 29 п. 4), къ вѣдомству мировыхъ судей. При введеніи земскихъ начальниковъ и городскихъ судей защита владѣнія стала ихъ дѣломъ въ предѣлахъ того же срока (т. XVI, ч. 1, прав. устр. суд. части, ст. 20, п. 2).

Въ литературѣ и практикѣ возникло сомнѣніе о значеніи шестимѣсячнаго срока. Означаетъ ли онъ, что по истеченіи 6 мѣсяцевъ со времени нарушенія владѣнія прекращается возможность просить о защитѣ владѣнія и остается искать на основаніи права собственности, или же смыслъ его тотъ, что по истеченіи 6 мѣсяцевъ измѣняется подсудность, т.-е. вмѣсто земскихъ начальниковъ, городскихъ и мировыхъ судей, приходится обращаться съ просьбою къ окружному суду? Законъ не даетъ прямого отвѣта на этотъ вопросъ, но, принимая во вниманіе указаніе закона, что къ числу дѣлъ, производимыхъ

сокращеннымъ порядкомъ въ окружныхъ судахъ, отнесена защита владѣнія (уст. гр. суд. ст. 349 п. 4; ср. еще стт. 213 и 1310), слѣдуетъ признать, что по прошествіи 6-мѣсячнаго срока защита владѣнія переходитъ въ вѣдомство окружныхъ судовъ. Къ этому мнѣнію примыкаетъ и Сенатъ (кас. рѣш. 1897, № 79). Съ точки зрѣнія законодательной политики, было бы цѣлесообразнѣе ограничить иски о владѣніи краткимъ срокомъ, напр., годичнымъ, по примѣру законодательствъ французскаго (C. de proc. § 25) и германскаго (улож. § 864), такъ какъ съ теченіемъ времени утрачиваются характерные признаки владѣнія, какъ такового. При этомъ съ истеченіемъ годового срока теряется уже право на владѣльческій искъ, тогда какъ у насъ истеченіе 6-мѣсячнаго срока имѣетъ только процессуальное значеніе, измѣняя подсудность иска. Съ другой стороны, было бы вѣрнѣе сосредоточить дѣла о владѣніи въ судебныхъ инстанціяхъ, наиболѣе близкихъ къ обстановкѣ дѣла, каковыми и являются мировые судьи, которые болѣе способны провѣрить фактическую сторону спора, чѣмъ окружные суды. Но во всякомъ случаѣ, разъ признана возможность предъявленія собственниками къ владѣльцамъ исковъ въ окружныхъ судахъ по истеченіи 6 мѣсяцевъ, поссесорный характеръ ихъ не можетъ измѣниться отъ перемѣны подсудности. Вопреки мнѣнію Сената (кас. рѣш. 1889, № 44), и въ окружномъ судѣ противъ владѣльческаго иска недопустимы возраженія о правѣ собственности, а встрѣчные иски о правѣ собственности не могутъ задерживать рѣшенія по основному иску о владѣніи.

V. Охрана добросовѣстнаго владѣльца противъ собственника. Если владѣніе не совпадало съ правомъ собственности, то по иску лица, доказавшаго свое право собственности передъ судомъ, вещь отнимается у владѣльца. Въ уваженіе къ добросовѣстности владѣльца и въ интересахъ поддержанія прочности сдѣлокъ въ оборотѣ, нѣкоторыя законодательства ограждаютъ такого пріобрѣтателя отъ иска собственника. Право собственности пріобрѣтается добросовѣстнымъ владѣльцемъ, хотя бы отчуждатель самъ не имѣлъ этого права и не могъ передать его.

Въ интересахъ оборота французское законодательство выдвигаетъ знаменитое положеніе «En fait des meubles la possession vaut titre» (Code Nap. § 2279), что въ русскомъ переводѣ передается слѣдующими словами: по отношенію къ движимостямъ владѣніе равносильно (замѣняетъ?) правооснованію (гражд.

код. Ц. П. ст. 2279). Положеніе это вызвало разногласіе во французской юриспруденціи въ пониманіи его происхожденія и догматическаго значенія. По наиболѣе распространенному воззрѣнію, приведенное положенію устраняетъ искъ собственника къ добросовѣстному владѣльцу, если только вещи не были украдены или потеряны. Швейный магазинъ отдаетъ по найму швеѣ машину; швея машину продаетъ третьему лицу. Въ силу приведеннаго положенія, магазинъ не имѣетъ права требовать возвращенія машины отъ пріобрѣтателя ея. Точно также и новое германское уложеніе постановляетъ, что добросовѣстный пріобрѣтатель становится собственникомъ отчуждаемой вещи, хотя бы вещь и не принадлежала отчуждателю (§ 932). Изъ этого правила сдѣлано исключеніе для вещей, похищенныхъ у собственника или утраченныхъ имъ, а изъ этого исключенія опять исключеніе въ пользу денегъ и бумагъ на предъявителя. При мало развитомъ обмѣнѣ, при преимущественно потребительной оцѣнкѣ право собственности строится по началу строгой виндикаціи,—собственникъ можетъ взять свою вещь, гдѣ бы ее ни нашелъ, по какому бы основанію она ни попала къ владѣльцу. Наоборотъ, при общественномъ порядкѣ, когда на первое мѣсто выдвигается мѣновая цѣнность, когда предпріятія заинтересованы въ безпрепятственномъ передвиженіи вещей изъ одного хозяйства въ другое, право собственности строится на началѣ защиты добросовѣстнаго пріобрѣтателя,—собственникъ не можетъ взять своей вещи у лица, которое пріобрѣло ее добросовѣстнымъ путемъ. Несомнѣнно, что положеніе это идетъ нѣсколько далеко въ ограниченіи права собственности и въ то же время недостаточно далеко въ проведеніи принятаго принципа. Съ точки зрѣнія принципа, положеннаго въ основаніе законовъ, которые мы выше привели, нельзя оправдать и сдѣланныхъ въ нихъ исключеній.

Въ нашемъ законодательствѣ не содержится подобныхъ правилъ, которыя бы разрѣшали столкновеніе интересовъ добросовѣстнаго пріобрѣтателя съ интересами собственника въ пользу перваго. Въ отношеніи недвижимости и наша судебная практика принуждена была признать начало виндикаціи. Но она стремится устранить его въ отношеніи движимыхъ вещей: если движимость поступила отъ собственника въ постороннее владѣніе не вслѣдствіе кражи или иного преступленія, то собственникъ, утратившій владѣніе, не въ правѣ требовать отобранія

вещи отъ владѣльца (не имѣющаго права собственности), если послѣдній пріобрѣлъ ее добросовѣстно (кас. рѣш. 1884, № 6). Но законодательство наше и въ частности стт. 609 и 691 т. X ч. 1 не дѣлаетъ различія между движимостью и недвижимостью. Несомнѣнно, что при составленіи Свода Законовъ кодификаторы имѣли въ виду § 2279 французскаго кодекса, когда составляли положеніе, въ силу котораго движимыя вещи почитаются собственностью того, кто ими владѣетъ, доколѣ противное не будетъ доказано (т. X ч. 1 ст. 534). Однако, форма этого положенія показываетъ, что кодификаторы понимали положеніе французскаго кодекса не въ томъ смыслѣ, который придается ему чаще всего въ настоящее время, а въ нѣсколько иномъ значеніи, которое не чуждо и современной французской юриспруденціи (см. франц. кас. рѣш. 25 марта 1885 г.), т.-е. въ смыслѣ презумпціи права собственности въ пользу владѣющаго, которая допускаетъ и опроверженіе (кас. рѣш. 1872, № 448). По французскому кодексу, владѣніе составляетъ praesumptio juris et de jure, а у насъ, по ст. 534 т. X ч. 1,— только praesumptio juris. Слѣдовательно, у насъ не можетъ быть и рѣчи о признаніи права собственности на сторонѣ добросовѣстнаго владѣльца въ силу одного только владѣнія. Все значеніе ст. 534 сводится къ процессуальной выгодѣ положенія, въ какомъ находится лицо владѣющее: не владѣлецъ долженъ доказывать свое право собственности на вещи, находящіяся въ его рукахъ, а истецъ, домогающійся изъятія данныхъ вещей изъ его владѣнія, и пока истецъ своего права собственности не докажетъ, позиція владѣльца, какъ отвѣтчика, сильна тѣмъ, что ему нѣтъ надобности приводить доводы въ подтвержденіе своего права, а достаточно отразить доводы, приводимые истцомъ въ пользу его права. Приведенный выше примѣръ разрѣшается у насъ совершенно иначе. Швейный магазинъ Нейдлингера далъ на прокатъ швейную машину ремесленнику, который заложилъ машину третьему лицу. По иску Нейдлингера судъ призналъ недѣйствительность залога въ виду требованія собственника о возвращеніи ему вещи (кас. рѣш. 1894, № 55). Таковъ дѣйствительно выводъ, который слѣдуетъ сдѣлать изъ ст. 1664 т. X ч. 1, признающей недѣйствительность залога чужой вещи. Самъ Сенатъ, который сначала такъ рѣшительно становился на защиту добросовѣстнаго пріобрѣтателя движимой вещи, и признавалъ, что по отношенію къ третьимъ лицамъ держатель движимости почитается собственникомъ ея,

если только владѣніе его не было основано ни на обманѣ, ни на преступленіи,—позднѣе сталъ ограничивать силу выставленнаго имъ положенія. Сенатомъ было признано, что добытыя преступленіемъ вещи подлежатъ возвращенію потерпѣвшему, независимо отъ того, были ли эти вещи отобраны у лица, признаннаго по суду виновнымъ, или у лица, совершенно непричастнаго къ дѣлу (Общ. Собр. 1896, № 31). Нѣкто купилъ у Сафронова піанино фабрики Карклина, а впослѣдствіи оказалось, что піанино было взято у Карклина на прокатъ Церетелли, который продалъ его, какъ собственное, Сафронову. Хотя Сафроновъ является добросовѣстнымъ пріобрѣтателемъ, но Сенатъ призналъ правильнымъ возвращеніе піанино Карклину (кас. рѣш. 1908, № 85).

VI. Отвѣтственность владѣльца передъ собственникомъ. Искъ собственника къ владѣльцу о возвращеніи вещи возбуждаетъ вопросъ объ отвѣтственности владѣльца передъ собственникомъ. Вещь со времени овладѣнія до возвращенія могла понизиться или повыситься въ цѣнности, могла дать доходы, наконецъ, могла быть отчуждена. Законъ нашъ, вмѣсто нѣсколькихъ общихъ положеній, даетъ массу казуистическихъ постановленій, которыя не исчерпываютъ всѣхъ возможныхъ вопросовъ и противорѣчатъ другъ другу. При опредѣленіи объема отвѣтственности владѣльца необходимо различать добросовѣстное и недобросовѣстное владѣніе. Овладѣвая сознательно противъ права, недобросовѣстный владѣлецъ долженъ отвѣчать за всѣ послѣдствія такого дѣйствія. Напротивъ, добросовѣстный владѣлецъ, не сознававшій дефекта въ своемъ правѣ, долженъ быть освобожденъ отъ отвѣтственности за пользованіе вещью до обнаруженія отсутствія у него права. Замѣтимъ, что недобросовѣстность предшествовавшаго владѣльца не вліяетъ на добросовѣстность его преемника, напр., когда покупкою пріобрѣтается вещь у лица, которое завладѣло ею незаконно, положимъ въ качествѣ залогодержателя (т. X ч. 1 ст. 529).

1. *Недобросовѣстный владѣлецъ* долженъ возвратить собственнику вещь и плоды.

а. Онъ обязанъ возвратить вещь въ томъ состояніи, въ какомъ она находилась въ моментъ завладѣнія, а если владѣніе его было сначала добросовѣстнымъ, то въ томъ состояніи, въ какомъ вещь находилась въ моментъ, когда его владѣніе превратилось въ недобросовѣстное (т. X ч. 1 ст. 611). Слѣдова-

тельно, онъ обязанъ вознаградить собственника за уменьшеніе цѣнности, происшедшее послѣ этихъ моментовъ по его умышленной винѣ или по доказанной небрежности (ст. 610 п. 1 и ст. 619). Облегчая его положеніе, законъ освобождаетъ его отъ отвѣтственности за случайный вредъ, который произошелъ бы и тогда, когда вещь осталась бы въ рукахъ собственника; такъ, за скотъ, павшій во время эпизоотической болѣзни, онъ платитъ лишь въ томъ случаѣ, если будетъ доказано, что имъ не были приняты, для предохраненія скота отъ заразы, предписанныя мѣры предосторожности (ст. 619). За отчужденную вещь владѣлецъ обязанъ заплатить по требованію и выбору собственника или сумму, за которую вещь была продана, или же стоимость ея по надлежащей оцѣнкѣ (стт. 612, 613, 614 и 617). Эти статьи могутъ подать поводъ думать, будто онѣ направлены къ устраненію виндикаціи, будто собственникъ не можетъ требовать возвращенія, напр., имѣнія изъ рукъ пріобрѣтателя, а принужденъ довольствоваться личнымъ искомъ противъ владѣльца. Однако, такое толкованіе шло бы въ разрѣзъ съ разсматриваемою отвѣтственностью владѣльца, такъ какъ и третье лицо является въ положеніи владѣльца. Статьи эти разсчитаны на тотъ случай, когда собственникъ отказывается отъ виндикаціи, или когда виндикація дѣлается невозможной. Выборъ цѣнности объясняется тѣмъ обстоятельствомъ, что возвращеніе продажной цѣны, если она была ниже дѣйствительной, не соотвѣтствовало бы требованію возвратить вещь въ томъ состояніи, въ какомъ она была въ моментъ завладѣнія, возвращеніе же стоимости по оцѣнкѣ, когда продажная цѣна превышала дѣйствительную цѣнность, не соотвѣтствовала бы положенію, въ силу котораго никто не долженъ обогащаться на чужой счетъ безъ достаточнаго основанія.

b. Кромѣ возвращенія вещи, недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить весь чистый доходъ (ст. 610 п. 2, ст. 620), не только тотъ, который былъ дѣйствительно полученъ, но и тотъ, который могъ бы быть имъ полученъ, если бы онъ поддерживалъ заведенное хозяйство собственника (ст. 624). Конечно, новыхъ источниковъ дохода онъ не обязанъ былъ открывать, хотя и могъ бы. Отвѣчая за цѣлость вещей, восполняя уменьшенную цѣнность, недобросовѣстный владѣлецъ не долженъ, однако, предоставлять въ пользу собственника увеличеніе цѣнности. Онъ можетъ отдѣлить отъ вещи все при-

соединенное имъ и увеличивающее цѣнность, если только такое отдѣленіе не сопровождается поврежденіемъ вещи, не уменьшаетъ цѣнности вещи сравнительно съ тою, какую вещь имѣла въ моментъ нарушеннаго владѣнія (стт. 611 и 622). Какъ особое правило, въ нашемъ законодательствѣ существуетъ постановленіе, въ силу котораго при возвращеніи бывшихъ во владѣніи денежныхъ капиталовъ недобросовѣстный владѣлецъ обязанъ не только внести за все время ихъ удерживанія 6%, но и уплатить 3% законной неустойки, хотя бы онъ доказалъ, что капиталы лежали у него безъ употребленія (ст. 641).

2. Отвѣтственность *добросовѣстнаго владѣльца* ограниченнѣе.

a. Какъ и недобросовѣстный владѣлецъ, онъ обязанъ возвратить вещь, но только въ такомъ состояніи, въ какомъ она находится въ моментъ предъявленія иска. Въ то же время онъ имѣетъ право не только отдѣлить все то, чѣмъ увеличивается цѣнность вещи, но вмѣсто того, требовать вознагражденія за всѣ необходимыя и полезныя издержки, поддержавшія или увеличившія цѣнность (стт. 628 и 622), тогда какъ расходы, которые вызваны роскошью и не являются необходимыми, даже не доставляютъ никакой выгоды, даютъ лишь право на отдѣленіе (ст. 633). Съ другой стороны, онъ принужденъ возмѣстить вредъ, причиненный умышленно, но свободенъ отъ отвѣтственности за вредъ, происшедшій отъ его небрежности, а тѣмъ болѣе, случайно (ст. 634).

b. Главное отличіе добросовѣстнаго владѣльца отъ недобросовѣстнаго состоитъ въ томъ, что онъ не обязанъ возвращать доходовъ, уже полученныхъ или законно ему слѣдующихъ по день объявленія ему, установленнымъ порядкомъ, объ открытіи спора противъ его владѣнія, или же, если это будетъ доказано, до того времени, когда неправость его владѣнія сдѣлалась ему съ достовѣрностью извѣстна (ст. 626). Значитъ, онъ не возвращаетъ потребленныхъ плодовъ и сохраняетъ въ свою пользу плоды собранные, но еще не потребленные до указаннаго въ законѣ момента. Поэтому запасы зерна, сѣна остаются за владѣльцемъ имѣнія, но хлѣбъ на корню, какъ плодъ еще не собранный, ему не принадлежитъ (кас. рѣш. 1871, № 150); сырой матеріалъ на фабрикѣ подлежитъ возвращенію, но чистый фабрикатъ долженъ остаться у добросовѣстнаго владѣльца.

Гдѣ же основаніе того, что добросовѣстный владѣлецъ пріобрѣтаетъ право собственности на плоды съ вещи, которая

ему не принадлежала, и почему онъ обязанъ возвратить собственнику наличные плоды? Отвѣтъ, который даетъ на этотъ вопросъ Петражицкій, гласитъ: «потому что иное отношеніе къ плодамъ, т.-е. хозяйственнымъ благамъ, которыя съ точки зрѣнія нормальнаго хозяйства предназначены къ свободному потребленію и издержанію, вело бы къ потрясенію и разрушенію хозяйствъ». Потребленные плоды вслѣдствіе ошибочнаго хозяйственнаго плана владѣльца вошли въ органическую связь съ хозяйствомъ владѣльца и неожиданное изъятіе ихъ было бы вредно съ народнохозяйственной точки зрѣнія. При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что хотя добросовѣстный владѣлецъ обязанъ возвратить вещь собственнику, какъ субъекту права, но все же онъ не можетъ разсматриваться, какъ нарушитель чужого права, потому что въ его дѣйствіяхъ нѣтъ вины. Его владѣніе—случайность, приведшая къ смѣшенію юридическихъ отношеній, которое законъ стремится распутать въ интересѣ обѣихъ сторонъ.

§ 21.

Понятіе о правѣ собственности.

Литература: Гамбаровъ, *Право собственности* (Русская Высшая Школа, 1905, стр. 434—496); Владимірскій-Будановъ, *Обзоръ исторіи русскаго права*, 3 изд., стр. 515—606; Неволинъ, *Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ*, т. II; разд. II; Энгельманъ, *О пріобрѣтеніи права собственности на землю по русскому праву*, 1859, стр. 1—129; Энгельманъ, *О давности по русскому гражданскому праву*, 1901, стр. 225—308; Мейеръ, *Русское гражданское право*, стр. 232—332; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. II, стр. 5—124; Кутыловскій, *Права на нѣдра и отчужденіе земель подъ желѣзныя дороги* („Ж. М. Ю.“ 1902, № 7); Гусаковскій, *Право на нѣдра земли* („Ж. М. Ю.“ 1903 № 7); Саладиловъ, *Вопросъ о нѣдрахъ въ русскомъ законодательствѣ* („В. Пр.“ 1904, № 4).

I. Опредѣленіе права собственности. Опредѣленіе права собственности представляетъ значительныя затрудненія, несмотря на видимую его простоту и ясность. До сихъ поръ въ наукѣ не установлено точное понятіе о немъ. По наиболѣе распространенному опредѣленію, совпадающему съ житейскимъ представленіемъ о правѣ собственности, послѣднее составляетъ неограниченное и исключительное господство лица надъ вещью. Такъ, французское законодательство опредѣляетъ право собственности, какъ право пользоваться и распоряжаться

вещами самымъ неограниченнымъ образомъ—de la manière la plus absolue (§ 544). Кромѣ называетъ право собственности полнымъ правомъ (Vollrecht). Однако, признакъ неограниченности встрѣчаетъ возраженіе съ той точки зрѣнія, что право собственности, какъ и всякое право, всегда ограничено, что въ дѣйствительности всѣ законодательства ставятъ предѣлы волѣ собственника. Чтобы избѣжать этого признака, устанавливаютъ понятіе о правѣ собственности, какъ о правѣ наиболѣе полнаго господства. Такъ, напр., Ранда опредѣляетъ право собственности, какъ обезпеченную объективнымъ правомъ и имъ ограниченную юридическую возможность относительно полнѣйшаго (relativ vollste Herrschaft) непосредственнаго господства надъ вещью. Эннекцерусъ называетъ право собственности самымъ обширнымъ правомъ, какое только можно имѣть въ отношеніи вещи. Однако, такія опредѣленія вызываютъ неменьшія сомнѣнія. Относительная полнота не составляетъ признака опредѣлительнаго. Остается невыясненнымъ, по сравненію съ чѣмъ является собственность болѣе полнымъ правомъ и насколько она полнѣе, чтобы можно было провести черту между правомъ собственности и другими менѣе полными правами на вещь. Германскій законодатель поступаетъ осторожнѣе: онъ не опредѣляетъ, а описываетъ право собственности: собственникъ вещи властенъ, насколько тому не препятствуетъ законъ или право третьихъ лицъ, распоряжаться вещью по своему усмотрѣнію (nach Belieben) и устранять другихъ отъ всякаго на нее воздѣйствія (§ 903). Также и швейцарскій кодексъ ограничивается указаніемъ, что собственникъ вещи въ правѣ распоряжаться ею по усмотрѣнію (librement), въ предѣлахъ закона (§ 641).

Въ виду неудачности предлагаемыхъ въ наукѣ опредѣленій, мы можемъ остаться при опредѣленіи, которое дано въ русскомъ законодательствѣ. Столь же неточное, какъ и другія опредѣленія, оно, по крайней мѣрѣ, имѣетъ за себя законодательный авторитетъ. Съ этимъ опредѣленіемъ приходится считаться на практикѣ, потому что законъ перечисляетъ правомочія, входящія въ составъ права собственности. Неправильность опредѣленія, даваемаго нашимъ законодательствомъ, усложняется тѣмъ, что въ немъ соединено понятіе о правѣ собственности съ способами пріобрѣтенія и прекращенія этого права. Если извлечь изъ законнаго опредѣленія все не относящееся къ понятію и сохранить лишь содержащіеся въ немъ признаки, то

мы получимъ слѣдующее опредѣленіе понятія о правѣ собственности: *власть, въ порядкѣ, гражданскими законами установленномъ, исключительно и независимо отъ лица посторонняго владѣть, пользоваться и распоряжаться имуществомъ вѣчно и потомственно* (т. X ч. 1 ст. 420). Разсмотримъ подробнѣе признаки, содержащіеся въ этомъ опредѣленіи.

1. Прежде всего право частной собственности представляетъ *власть* не въ смыслѣ фактическаго господства, а въ юридическомъ значеніи, т.-е. какъ право въ субъективномъ смыслѣ. Если возможность фактическаго воздѣйствія отсутствуетъ, вещь находится въ чужомъ владѣніи, власть тѣмъ не менѣе сохраняется, лицо остается собственникомъ—оно можетъ продать, подарить, заложить вещь, вытребовать ее у владѣльца. Подъ это понятіе власти не подходитъ право верховнаго господства, которое принадлежитъ государству и чуждо пользованія территоріей для извлеченія экономическихъ благъ (т. X ч. 1 ст. 421).

2. Объектомъ права частной собственности законъ признаетъ имущество—не въ техническомъ смыслѣ, а какъ вещь. Въ дѣйствительности право собственности можетъ имѣть своимъ объектомъ только *матеріальные предметы*, но не дѣйствія или права, которыя по существу своему не могутъ подлежать совершенно тѣмъ же юридическимъ правиламъ, какія установлены для первыхъ. Наше законодательство, признавая владѣніе однимъ изъ существенныхъ моментовъ права собственности, очевидно, имѣетъ въ виду только физическія вещи. Наравнѣ съ матеріальными предметами, объектомъ права собственности могутъ быть признаны бумаги на предъявителя, потому что, вслѣдствіе неразрывной связи права съ документомъ, право собственности на клочокъ бумаги даетъ единственную возможность осуществленія содержащагося въ ней права.

3. Законъ указываетъ на отрицательный признакъ права собственности, на *исключительность* и *независимость отъ постороннихъ лицъ*. Исключительность означаетъ, что никто безъ и помимо воли собственника не имѣетъ права препятствовать ему или присвоить себѣ пользованіе тою вещью, которая составляетъ объектъ его права собственности. Независимость указываетъ на полную свободу осуществленія своего права помимо согласія постороннихъ лицъ.

4. Положительный признакъ права собственности заключается, по указанію закона, въ соединеніи *владѣнія, поль-*

зованія и *распоряженія*. Владѣніе, какъ мы видѣли, есть фактическое господство надъ вещью. Пользованіе состоитъ въ извлеченіи изъ вещи тѣхъ выгодъ, которыми опредѣляется ея экономическое значеніе. Наконецъ, распоряженіе даетъ возможность совершенія различныхъ, возмездныхъ и безвозмездныхъ сдѣлокъ, имѣющихъ своимъ объектомъ эту именно вещь.

Такое перечисленіе отдѣльныхъ правъ, соединенныхъ съ правомъ собственности, не можетъ быть признано удачнымъ. Во-первыхъ, невозможно перечислить всѣ отдѣльныя правомочія, входящія въ составъ права собственности, и законъ, напр., упустилъ указать на право уничтоженія вещи. Во-вторыхъ, если для понятія о правѣ собственности существенны всѣ три указанные момента, то отсутствіе одного изъ нихъ должно бы устранить наличность права собственности. Между тѣмъ законодатель самъ различаетъ полное право собственности, когда владѣніе, пользованіе и распоряженіе соединяются въ одномъ лицѣ (т. X ч. 1 ст. 423), и неполное право собственности, когда отъ него отдѣляется одинъ изъ трехъ указанныхъ моментовъ (т. X ч. 1 ст. 432), и слѣдовательно, признаетъ право собственности и въ тѣхъ случаяхъ, когда оно не соединяется съ владѣніемъ или пользованіемъ или распоряженіемъ.

Естественно возбуждается вопросъ, который же изъ указанныхъ въ законѣ моментовъ имѣетъ настолько рѣшающее значеніе, что отсутствіе его само собою устраняетъ наличность права собственности? Законъ склоненъ признать владѣніе существенною частью права собственности, но, какъ съ теоретической точки зрѣнія, такъ и по взгляду нашего законодательства (т. X ч. 1 ст. 514), владѣніе вполнѣ уживается рядомъ съ правомъ собственности, вовсе не устраняя его. Пользованіе вещью составляетъ цѣль права собственности, но собственникъ, несомнѣнно, можетъ, не подрывая своего права, предоставить, возмездно или даромъ, временное пользованіе другому лицу (т. X. ч. 1 ст. 535). Право распоряженія законъ понимаетъ, какъ власть отчуждать вещь въ предѣлахъ, закономъ означенныхъ, и отдавать ее въ пользованіе другому посредствомъ найма, ссуды и другихъ договоровъ (т. X ч. 1 ст. 541). Нельзя не видѣть въ этой власти существеннаго момента права собственности, отсутствіе котораго способно устранить право. По словамъ Мейера, право распоряженія вещью такъ тѣсно связано съ существомъ права собственности, что безъ прекращенія его самого выдѣлъ права распоряженія неудобомыслимъ. Такъ

смотритъ на это и наша практика (кас. рѣш. 1871, № 25; 1886, № 15). Въ самомъ дѣлѣ, если кто-либо, помимо собственника, можетъ отчуждать вещь, продать, заложить, отдать въ пользованіе, то къ чему же сведутся права собственника?

Съ этою мыслью какъ будто не согласуется взглядъ закона на возможность отдѣленія права распоряженія отъ права собственности. Однако, со стороны закона допущено, очевидно, недоразумѣніе. Право распоряженія, говоритъ законъ, не иначе можетъ отдѣлиться отъ права собственности, какъ или по довѣренности, данной отъ собственника, или по закону, когда имущество подвергается запрещенію (т. X ч. 1 ст. 542). Но, во-первыхъ, распоряженіе по довѣренности никогда не можетъ отдѣлиться: все то, что содержится въ понятіи распоряженія, можетъ быть выполнено собственникомъ и послѣ выдачи довѣренности, а, во-вторыхъ, довѣренный совершаетъ сдѣлки не въ силу своего права распоряженія, а права, принадлежащаго собственнику. Совершенно непонятно, какъ можетъ Сенатъ настаивать на томъ, что право распоряженія способно отдѣлиться отъ права собственности по акту довѣренности (кас. рѣш. 1911, № 26). Отличіе распоряженія, какъ характернаго момента права собственности, отъ владѣнія и пользованія, въ томъ и заключается, что собственникъ не можетъ передать его по договору другому, лишивъ въ то же время себя этого права. Распоряженіе собственника можетъ быть стѣснено только по закону и въ указанныхъ закономъ случаяхъ. Даже при ограниченіи собственника въ распоряженіи, напр., при учрежденіи опеки, нельзя сказать, чтобы собственникъ лишенъ былъ права распоряженія. Право это принадлежитъ ему, но осуществленіе этого права, по малолѣтству ли собственника, или по ненормальному состоянію умственныхъ способностей, или по инымъ какимъ причинамъ, предоставляется его законному представителю, который распоряжается отъ имени собственника. Во всякомъ случаѣ, иначе какъ по закону, право распоряженія не можетъ быть отдѣлено отъ права собственника.

5. Осуществленіе власти должно происходить въ порядкѣ, установленномъ законами. Смыслъ этого постановленія состоитъ не въ томъ, что владѣніе, пользованіе и распоряженіе должны слѣдовать предписаніямъ закона, который и не можетъ задаваться цѣлью указывать порядокъ пользованія. Законодатель намѣчаетъ только границы, въ которыхъ должно происходить осуществленіе права, устанавливаетъ *признакъ ограниченности*

права собственности. Ограниченія эти устанавливаются по различнымъ соображеніямъ, въ видахъ общественнаго интереса. Повидимому, признакъ ограниченности не вполнѣ согласуется съ исключительностью права собственности. По существу своему, по идеѣ, право собственности безгранично,—оно распространяется на вещь во всѣхъ направленіяхъ, во всѣхъ отношеніяхъ. Хотя въ дѣйствительности право собственности всегда ограничивается, но заложенная въ немъ идея имѣетъ практическое значеніе. Ограниченія въ правѣ собственности никогда не предполагаются: они должны быть явно установлены закономъ или договоромъ. Право собственника отличается свойствомъ упругости—подъ давленіемъ законныхъ и договорныхъ ограниченій оно сжимается, но принимаетъ снова прежнюю форму, какъ только устраняется препятствіе. «Субъектъ всякаго иного вещнаго права можетъ дѣлать съ подчиненною его праву вещью то именно, что̀ ему прямо разрѣшено, тогда какъ собственникъ можетъ дѣлать съ принадлежащею ему вещью все, что̀ ему прямо не запрещено» (Козакъ). Это свойство только и выражается въ положеніи, что право собственности есть неограниченное господство надъ вещью.

6. Право собственности вѣчно и потомственно, т.-е. связь даннаго объекта съ даннымъ субъектомъ продолжается до тѣхъ поръ, пока не наступитъ юридическій фактъ, разрывающій ее. Этотъ фактъ вызывается или волею субъекта, или судьбою объекта, или силою закона. Этимъ дается *признакъ безсрочности* права собственности, въ противоположность инымъ вещнымъ правамъ, которыя, какъ напр., право залога или пользованія, при своемъ возникновеніи уже заражены срочностью. Слѣдовательно, срочнаго или временнаго права собственности быть не можетъ. Если законъ (т. X ч. 1 ст. 1706) арендное право называетъ временною собственностью, то это еще не значитъ, чтобы въ этомъ случаѣ онъ имѣлъ въ виду срочное право собственности. Конечно, разсматриваемый признакъ свойственъ и нѣкоторымъ другимъ вещнымъ правамъ, напр., чиншевому праву, но это не мѣшаетъ ему быть однимъ изъ характерныхъ моментовъ права собственности.

Терминологія нашего законодательства представляется далеко не выдержанною. Оно почти безразлично употребляетъ выраженія собственникъ и владѣлецъ. Собственностью называется въ законѣ какъ право собственности, такъ нерѣдко самое имущество, по праву собственности кому-либо принадле-

жащее (т. X ч. 1 ст. 420 прим. 1). По замѣчанію самого Сперанскаго, «не должно смѣшивать право собственности съ собственностью; собственность obiective есть всякое имущество, и вексель есть моя собственность» (Арх. Калач. 1859, № 2, стр. 11). Право собственности на недвижимости въ законахъ часто обозначается подъ именемъ права вотчиннаго. Совершенно неправильно, по примѣру Побѣдоносцева, употреблять послѣдній терминъ для обозначенія вообще права собственности какъ на недвижимости, такъ и на движимости.

II. Содержаніе права собственности. По праву собственности на землю собственникъ ея «имѣетъ право на всѣ произведенія на поверхности ея, на все, что заключается въ нѣдрахъ ея, на воды, въ предѣлахъ ея находящіяся, и словомъ на всѣ ея принадлежности» (т. X ч. 1 ст. 424). Другими словами, право собственности на землю распространяется на поверхность и идетъ вверхъ и въ глубь.

1. Въ предѣлахъ границъ своихъ владѣній собственникъ земли—полный хозяинъ. Все, что на землѣ произрастаетъ, все равно, вслѣдствіе ли труда и искусства, какъ, напр., рожь, овесъ (т. X ч. 1 ст. 425), или вслѣдствіе естественныхъ силъ природы, какъ, напр., трава, грибы, ягоды, составляетъ достояніе собственника того участка земли, на поверхности которой оно появилось. Собственникъ—полный хозяинъ въ отношеніи того озера, которое находится всецѣло въ предѣлахъ его участка. Если черезъ его землю протекаетъ ручей или рѣчка, то онъ въ правѣ измѣнять въ своихъ предѣлахъ какъ угодно направленіе ихъ—лишь бы они вышли изъ его участка тамъ же, гдѣ они вытекали и ранѣе. Собственникъ можетъ, напр., въ интересахъ огородничества, заставить рѣчку сдѣлать нѣсколько заворотовъ. Но если рѣчка находится на границѣ двухъ владѣній, то ни одинъ изъ прибрежныхъ собственниковъ не въ правѣ искуственно измѣнять направленія текучихъ водъ (кас. рѣш. 1881, № 84). Что касается самой текучей воды, безпрерывно смѣняющейся, то собственникъ не имѣетъ на нее права, вытекающаго изъ права собственности. Протекаетъ ли рѣчка всецѣло черезъ его участокъ или только примыкаетъ къ нему, собственникъ пріобрѣтаетъ право на захваченную воду только въ силу завладѣнія.

2. Право частной собственности въ имуществахъ недвижимыхъ объемлетъ не одну поверхность земли, но и самое ея нѣдро (т. VII, уст. горн., ст. 193). По сему праву дозволяется

каждому въ собственныхъ его земляхъ «искать, копать, плавить, варить и чистить всякіе металлы, т.-е. золото, серебро, мѣдь, олово, свинецъ, желѣзо и минералы, какъ-то: селитру, сѣру, купоросъ, квасцы, соль, каменный уголь, торфъ и всякіе для краски и для другихъ надобностей полезные, тако жъ каменья, не исключая и драгоцѣнныхъ, и все то по собственному своему произволенію обрабатывать» (ст. 194). Искать руду на чужой землѣ можно только съ согласія собственника (ст. 195). Въ земляхъ, составляющихъ полную (!) собственность частныхъ лицъ, собственникамъ предоставляются поиски и разработка золотосодержащихъ песковъ (уст. горн. ст. 424), поиски и добыча нефти (уст. горн. ст. 541),—постороннимъ же лицамъ только по добровольнымъ условіямъ съ собственниками тѣхъ участковъ. Въ этомъ отношеніи наше законодательство отличается отъ французскаго, въ которомъ, по закону 1810 года, проведено различіе между тѣми ископаемыми, которыхъ никто, кромѣ собственника, добывать не можетъ (carrières), и тѣми, добываніе которыхъ государство можетъ предоставить другимъ лицамъ (mines).

Съ точки зрѣнія русскаго права, собственникъ земли въ правѣ, хозяйничая въ нѣдрахъ своего участка, перекопать водоносную жилу, снабжавшую колодецъ сосѣда, разрывать ключи въ горѣ, хотя бы отъ того сократился уровень воды въ прудѣ сосѣдняго землевладѣльца (кас. рѣш. 1876, № 503), перерѣзать корни деревьевъ, растущихъ на сосѣднемъ участкѣ. Слѣдуетъ полагать, что право собственности простирается въ глубь земельнаго участка лишь въ предѣлахъ экономической досягаемости. Такъ, напр., собственникъ участка, расположеннаго на горѣ, не можетъ считать свое право нарушеннымъ вслѣдствіе проводки желѣзно-дорожнаго тонеля подъ горой.

3. Въ предѣлахъ поверхности принадлежащаго ему участка собственникъ послѣдняго является и хозяиномъ того воздушнаго столба, который поднимается надъ его землею. Отсюда вытекаетъ, что собственникъ въ правѣ срѣзать вѣтки деревьевъ, свѣсившіяся съ сосѣдняго участка, карнизъ сосѣдняго дома, выступившій надъ межою (кас. рѣш. 1887, № 93). Въ силу того же права собственникъ можетъ воспретить проведеніе надъ его дворомъ телеграфной или телефонной проволоки. Но онъ не можетъ запрещать перелетовъ на воздушныхъ шарахъ, на аэропланахъ, потому что пересѣченіе принадлежащаго собственнику воздушнаго столба происходитъ внѣ его досягаемости и не вопреки охраняемымъ его интересамъ.

III. Исторія права собственности въ Россіи. Проф. Будановъ слѣдующимъ образомъ характеризуетъ развитіе института права собственности въ Россіи: «Исторія собственности развивается въ соотвѣтствіи съ исторіею гражданскихъ правъ лица: право собственности растетъ вмѣстѣ съ возрастаніемъ свободы лица и понижается вмѣстѣ съ пониженіемъ ея. И наоборотъ, возрастаніе или упадокъ права собственности влечетъ за собою или возвышеніе или пониженіе личныхъ правъ. При полномъ стѣсненіи лицъ союзами, родовымъ или общиннымъ, т.-е. въ древнѣйшія времена, почти нѣтъ слѣдовъ права частной собственности, разумѣется, поземельной; когда роды или общины сливаются въ государствѣ и стѣсняются имъ, то права частныхъ лицъ (какъ личныя, такъ и имущественныя) высвобождаются изъ прежнихъ узъ; за то на нихъ налагаетъ руку государство: московскіе государи считаютъ себя едиными верховными собственниками. Но въ государствѣ, сферѣ несравненно обширнѣйшей, права частныхъ лицъ могутъ обращаться и возрастать съ большимъ просторомъ, чѣмъ въ прежнихъ тѣсныхъ союзахъ родовыхъ и общинныхъ. Наконецъ, когда государство, въ періодъ имперіи, очищается отъ примѣсей частноправовыхъ, и личныя права гражданъ высвобождаются, то вмѣстѣ съ тѣмъ условныя и ограниченныя вещныя отношенія этихъ послѣднихъ, сложившіяся въ предшествующія эпохи, дорастаютъ до полнаго права собственности, сначала для нѣкоторыхъ классовъ общества, потомъ для всѣхъ».

Прежде всего право частной собственности установилось только для движимыхъ вещей, носившихъ общее названіе «имѣнія», т.-е. того, что можно взять (имати). Первоначально не существовало термина для обозначенія сущности права собственности,—его замѣняли притяжательныя мой, твой, его, или выраженія купить «въ прокъ», «въ одерень». Между тѣмъ существуетъ мнѣніе (напр., Неволина), будто частная поземельная собственность была извѣстна у насъ и въ древнѣйшія времена, до пришествія варяговъ. Однако, мнѣніе это представляется мало убѣдительнымъ. Главнымъ доказательствомъ противъ него служитъ то обстоятельство, что древнѣйшая Русская Правда не знаетъ недвижимости, какъ предмета сдѣлокъ между живыми или на случай смерти. При рѣдкомъ населеніи, обширныхъ пространствахъ земли, занимаемыхъ имъ, громадныхъ лѣсахъ, покрывавшихъ почти всю Россію, существованіе частной собственности на землю представляется невѣроятнымъ, потому что

изъ-за земли не возникало никакихъ споровъ, которые въ первобытномъ обществѣ составляютъ начало юридическихъ опредѣленій. Отношеніе къ землѣ было фактическое, а не юридическое. Землю занимали для земледѣлія и скотоводства и пользовались ею, пока она не истощалась, а тогда переходили на другой участокъ, первый же, по возстановленіи производительныхъ силъ, становился достояніемъ новаго лица. Домъ разсматривался, какъ движимость, потому что цѣнность его обусловливалась исключительно употребленнымъ на него матеріаломъ. Существованіе частной поземельной собственности не согласуется также съ положеніемъ отдѣльнаго лица въ обществѣ, подобномъ русскому въ эпоху до XII—XIII столѣтій. Лицо имѣло право не какъ индивидуумъ, а какъ членъ общественнаго союза. По этому вопросу мнѣнія русскихъ ученыхъ несогласны: одни отстаиваютъ родовой бытъ, другіе—общинный. Но, съ точки зрѣнія той и другой теоріи, субъектомъ права первоначально было не физическое лицо, а родъ или община. На этомъ основаніи первоначальная собственность на земли составляла принадлежность только общественной группы.

Съ теченіемъ времени, подъ вліяніемъ многихъ общественныхъ факторовъ, родовыя и общинныя связи ослабѣли и дали возможность наиболѣе самостоятельнымъ личностямъ существовать особо, внѣ союза. Этому много способствовала война, увлекавшая членовъ союза и отрывавшая ихъ отъ связи съ послѣднимъ, а также торговля, доставлявшая значительное богатство въ движимости. Только со времени появленія капиталовъ явился интересъ къ поземельной собственности, потому что оказалось возможнымъ привлечь къ обработкѣ много лицъ, которыя нуждались не въ землѣ, конечно, а въ орудіяхъ производства, главнымъ образомъ въ скотѣ. Личное начало все болѣе вытѣсняетъ родовое, и прежнее совмѣстное распоряженіе всѣмъ имуществомъ превращается въ право выкупа отчужденной недвижимости. Развитію идеи частной собственности не мало способствовала и церковь, проводя взгляды византійскаго права и способствуя завѣщательнымъ распоряженіямъ.

Господствующимъ способомъ пріобрѣтенія права собственности въ эту эпоху является завладѣніе, захватъ, заимка. Необходимая земля занимается, запахивается и притомъ безъ строго опредѣленныхъ границъ, а «куда соха, коса и топоръ ходили». Границами были не межи, а естественные предѣлы: лѣса, рѣки, болота. Относительно недвижимости въ Псковской

Судной Грамотѣ встрѣчаемъ давность владѣнія, какъ способъ пріобрѣтенія собственности. При этомъ главнымъ основаніемъ давности является трудъ, «если онъ тою землею стражетъ», т.-е. обрабатываетъ (страда), въ теченіе 4—5 лѣтъ непрерывно и безспорно (ст. 9). Договоръ выступаетъ позднѣе. Охота, рыбная ловля, военная добыча доставляли возможность пріобрѣтенія собственности, рядомъ съ покупкою, мѣною. Столкновеніе интересовъ собственника и добросовѣстнаго пріобрѣтателя предусматривается въ первыхъ памятникахъ русскаго права. По Русской Правдѣ, если у кого пропали конь или оружіе, или одежда, то необходимо было произвести въ теченіе 3 дней отъ пропажи «закличъ», т.-е. оповѣстить о томъ на торгу. Соблюденіе этого условія давало собственнику право взять свою вещь, гдѣ бы онъ ее ни нашелъ, такъ какъ едва ли послѣ заклича можно было предполагать добросовѣстность у пріобрѣтателя (Карамз. сп. ст. 29). Когда же такое оповѣщеніе на торгу не было выполнено, то въ случаѣ обнаруженія вещи, приходилось обратиться къ «своду». Если лицо, у котораго оказалась вещь, ссылалось на другого, у кого оно пріобрѣло ее, то вмѣстѣ съ собственникомъ оно должно было идти отыскивать этого человѣка. Сводъ долженъ продолжаться, пока не дойдутъ до лица, впервые незаконно пустившаго чужую вещь въ оборотъ. Въ интересахъ собственника, сводъ останавливается на третьемъ звенѣ, если слѣды сдѣлки шли за границы города: тогда собственникъ получаетъ цѣну вещи, а пріобрѣтатель самъ продолжаетъ сводъ. Тѣ же постановленія встрѣчаемъ въ Псковской Судной Грамотѣ (стт. 46 и 56). Нѣкоторые (Сергѣевичъ) утверждаютъ, что уже въ этотъ періодъ защита владѣнія отличалась отъ защиты собственности, и подтвержденіе тому видитъ въ ст. 10 Новгородской Судной Грамоты, гдѣ говорится: «ино судити напередъ наѣздъ и грабежъ, а о земли послѣ судъ». Но едва ли здѣсь отличается поссессорный процессъ отъ петиторнаго,—скорѣе дѣлается отличіе между уголовнымъ и гражданскимъ дѣломъ.

Въ Московскомъ государствѣ не было мѣста индивидуализму. Въ виду сплоченія и охраненія отъ внѣшнихъ опасностей всѣ несли обязанности передъ государствомъ лично или имущественно. Общественные классы различались не по правамъ, а по обязанностямъ. Всѣ одинаково подчинены были власти государя. Возникла идея о принадлежности всей земли, занимаемой русскимъ народомъ, единственно государю (Лакіеръ) и о

производномъ пользованіи ею со стороны частныхъ лицъ; отношеніе послѣднихъ къ землѣ выражалось въ формѣ или помѣстнаго, или вотчиннаго права, съ значительнымъ преобладаніемъ перваго. Эта идея въ земледѣльческой странѣ соотвѣтствовала признанію во Франціи права на трудъ королевскою регаліею (droit royal). Въ Англіи же и въ настоящее время всѣ земли признаются принадлежащими королю, какъ верховному сюзерену, и находящимися у землевладѣльцевъ въ ленномъ пользованіи. Правда, это только историческій принципъ, удерживающійся силою традиціи, потому что землевладѣльцы пользуются всей полнотой права собственности.

Помѣстьемъ назывался участокъ земли, даваемой отъ государя лицу, отправлявшему личную службу, для того, чтобы оно добывало изъ него средства содержанія. По существу своему, это было жалованье, только не деньгами, а натурою. Съ юридической точки зрѣнія, оно было правомъ пользованія подъ условіемъ отправленія службы. Періодъ наибольшаго развитія помѣстнаго права относится къ XVI и XVII вѣкамъ, хотя подобныя отношенія встрѣчаются и раньше. Имѣть помѣстья, согласно сущности ихъ, могли только тѣ, которые состояли на государевой службѣ, все равно—военной или гражданской. Хотя главнымъ образомъ помѣстьями назначались участки земли въ уѣздѣ, но этой цѣли могли служить и дворы въ городахъ. Содержаніе помѣстнаго права заключалось въ эксплоатаціи природныхъ богатствъ отведеннаго участка, съ подчиненіемъ власти помѣщика крестьянъ, жившихъ на той землѣ.

Несмотря на преобладаніе помѣстныхъ отношеній, въ Московскомъ государствѣ существовало также право собственности на землю. Объектъ такого права называется вотчина, вѣрнѣе отчина, дѣдина, т.-е. перешедшее по наслѣдованію. По различію возникновенія связи между лицомъ и вотчиною, вотчины представляли нѣсколько видовъ. Различались вотчины родовыя, пріобрѣтенныя послѣдовательнымъ наслѣдованіемъ отъ предковъ, выслуженныя, т.-е. пожалованныя за службу (а не подъ условіемъ службы) государемъ въ полную собственность, купленныя отъ казны или отъ чужеродцевъ. Права вотчинника были весьма обширны. Кромѣ неограниченности частнаго права, вотчинникъ имѣлъ полицейскую и судебную власть надъ населеніемъ, могъ собирать на своей землѣ разные налоги и пошлины, мыто, мостовщину, перевозъ.

Во второй половинѣ XVII вѣка происходитъ въ жизни и

въ сознаніи правительства сближеніе вотчинъ и помѣстій. Помѣщики постепенно расширяли свои права и пользованіе соединяли съ распоряженіемъ. Развивается идея наслѣдственности помѣстій—отцовскіе участки переходили къ сыновьямъ, если только послѣдніе были пригодны къ службѣ, а позднѣе и къ боковымъ родственникамъ. Допущена была мѣна помѣстій, одного на другое, а потомъ даже помѣстья на вотчину и обратно. Вдовы и дѣти мужского и женскаго пола удерживали за собою отцовскія помѣстья, женщины справляли свои участки за женихами. Сдача за деньги постороннему лицу была въ дѣйствительности продажею имѣнія, хотя правительство и воздерживалось отъ признанія открытой продажи помѣстій. Въ 1714 году Петръ I въ законѣ о единонаслѣдіи слилъ вотчины и помѣстья подъ однимъ общимъ именемъ недвижимыхъ имуществъ. Хотя въ 1731 году законъ и былъ отмѣненъ, но вмѣстѣ съ отмѣною повелѣвалось «впредь съ сего нашего указа какъ помѣстья, такъ и вотчины именовать равно одно—недвижимое имѣніе».

Петръ I, положивъ конецъ помѣстной системѣ, въ то же время установилъ цѣлый рядъ новыхъ ограниченій въ правѣ частной собственности. Эти ограниченія объясняются отчасти фискальными цѣлями, отчасти соображеніями, вытекающими изъ идеи полицейскаго государства. Въ 1705 году всѣ частные мельницы, пчельники и бортныя ухожья объявлены были казенными оброчными статьями, а рыбныя ловли признаны были принадлежностью казны. Въ 1719 году выражено было положеніе, въ силу котораго право собственности на землю не распространяется на нѣдра ея. Добываніе металловъ и минераловъ стало регаліею казны, а вмѣстѣ съ тѣмъ разрѣшено было каждому отыскивать руду и строить заводы на чужой землѣ. Не только нѣдра, но и произрастанія земли не были признаны принадлежащими собственнику земли. Съ 1703 г. начинаются ограниченія права собственности на лѣса. Рубить лѣсъ, особенно вблизи сплавныхъ рѣкъ, строго воспрещалось, а за порубку нѣкоторыхъ породъ, дуба, назначалась смертная казнь. Пользованіе частными лѣсами составляло достояніе казны. Частные заводы, фабрики и мануфактуры также подвергались ограниченіямъ, и запущеніе ихъ влекло за собою отнятіе у собственниковъ въ казну. Къ этому слѣдуетъ присоединить, что въ силу указа 1714 г. о единонаслѣдіи прекращена была обращаемость имѣній, ограничено право распоряженія ими.

Въ періодъ времени отъ Петра I до Екатерины II замѣчается колебаніе въ отношеніи правительства къ частной собственности, политика склоняется то въ сторону ограниченій, то въ сторону свободы собственности. Только при Екатеринѣ II, подъ вліяніемъ западныхъ воззрѣній на «священную собственность», торжествуетъ вполнѣ идея частной собственности въ той формѣ, въ какой она существуетъ и въ настоящее время. Вслѣдъ за освобожденіемъ лицъ отъ обязательной государственной службы начинается освобожденіе собственности отъ ограниченій. Въ манифестѣ 1782 г. признано было право собственности не только на поверхность земли, но и на сокрытые въ нѣдрахъ ея минералы и металлы, устранены были запрещенія въ распоряженіи лѣсами, въ пользованіи угодьями, рыбною ловлей, пчельниками, мельницами. Екатерина II ввела въ своихъ указахъ и самый терминъ «собственность».

§ 22.

Ограниченія права собственности въ силу закона.

Литература: Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. I, стр. 342—395, т. II, стр. 326—377; Курдиновскій, *Къ ученію о легальныхъ ограниченіяхъ права собственности на недвижимости въ Россіи*, 1899; Селифонтовъ, *О правѣ собственности на землю изъ-подъ упраздненныхъ трактовъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1873, кн. 4); Люстихъ. *Кому принадлежитъ право собственности на земли, подъ общественными дорогами находящіяся* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1883, кн. 6); Гедримовичъ, *О судоходныхъ и сплавныхъ рѣкахъ по русскому праву* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1878, кн. 3, 1879, кн. 3); Нефедьевъ, *Очерки по водному праву. Право на рѣки общаго пользованія.* 1899.

I. Общія положенія. При томъ обширномъ правомочіи, которое дается собственнику, можно опасаться, что осуществленіе права, ничѣмъ не стѣсненное, способно отразиться весьма вредно на интересахъ прочихъ членовъ того же общества, на интересахъ самого общества.

Это обстоятельство и побуждаетъ положительныя законодательства установить ограниченія права собственности. Подобныя ограниченія состоятъ или a) въ обязанности собственника чего-либо не дѣлать изъ того, что онъ могъ бы по содержанію права собственности дѣлать, или b) въ обязанности что-либо терпѣть со стороны другихъ, чего онъ по содержанію права собственности могъ бы не допускать, но никоимъ обра-

зомъ не въ обязанности что-либо дѣлать, такъ какъ это не было бы ужс ограниченіемъ содержанія права собственности.

Ограничивая право собственности, законъ имѣетъ въ виду облегченіе сообщеній, народное здравіе, общественную безопасность и т. п. Въ этихъ видахъ допускается свободный проходъ и проѣздъ по чужой землѣ, устанавливаются санитарныя, строительныя, пожарныя мѣры, ограничивающія произволъ пользованія со стороны собственника. Подобныя ограниченія представляютъ большое разнообразіе, смотря по времени и мѣсту. Такъ, съ точки зрѣнія римскаго права, собственность является значительно менѣе ограниченною, чѣмъ въ современныхъ законодательствахъ. Можно указать, въ видѣ общаго правила, что ограниченія права собственности прямо пропорціональны сложности общественныхъ отношеній и обратно пропорціональны силѣ индивидуализма. Изъ объектовъ недвижимости подчиняются бо̀льшимъ ограниченіямъ, чѣмъ движимости; у насъ даже исключительно только въ отношеніи недвижимостей установлены законныя ограниченія.

Существующія въ русскомъ законодательствѣ ограниченія, которыя носятъ названіе правъ участія, представляютъ два вида: различаются право участія общаго и право участія частнаго, Оно есть общее, когда участіе въ выгодахъ имущества устанавливается въ пользу всѣхъ безъ изъятія; оно есть частное, когда участіе устанавливается единственно и исключительно въ пользу какого-либо посторонняго лица (т. X ч. 1 ст. 433). Какъ самая терминологія, такъ и опредѣленія должны быть признаны неудачными заимствованіями изъ французскаго законодательства, гдѣ принято дѣленіе servitudes d'utilité publique и servitudes d'utilité des particuliers (франц. гражд. код. § 649).

Выраженіе «право участія» само по себѣ указываетъ на соучастіе постороннихъ лицъ въ пользованіи чужою вещью. Между тѣмъ это не соотвѣтствуетъ ни существу понятія объ ограниченіяхъ права собственности, ни совокупности тѣхъ отношеній, которыя законъ охватываетъ подъ именемъ права участія. Ограниченія права собственности имѣютъ въ виду только стѣсненіе собственника изъ-за постороннихъ лицъ въ осуществленіи его права, но не доставленіе постороннимъ лицамъ права на чужую вещь. Послѣдней цѣли служатъ главнымъ образомъ сервитуты, которые въ нашемъ законодательствѣ извѣстны подъ именемъ правъ угодій въ чужихъ имѣніяхъ. Запрещеніе пристроивать кухню къ стѣнѣ чужого дома, сметать соръ на чу-

жой дворъ и т. п. законъ называетъ правомъ участія, тогда какъ въ этихъ случаяхъ несомнѣнно стѣсненіе только собственника, но нѣтъ участія въ пользованіи вещью со стороны другихъ лицъ. Ограниченія не составляютъ правъ на чужую вещь, потому что право на чужую вещь есть уже выдѣлъ изъ права собственности, а ограниченія составляютъ его предѣлъ. Сервитуты—это права третьихъ лицъ, вслѣдствіе которыхъ собственникъ стѣсняется въ осуществленіи своего права, законныя ограниченія—это стѣсненіе собственника въ осуществленіи его права, вслѣдствіе котораго обезпечиваются интересы третьихъ лицъ. Если собственникъ уничтожаетъ или существенно повреждаетъ свою вещь, то вмѣстѣ съ тѣмъ отпадаютъ ограниченія его права собственности, тогда какъ пострадавшія при этомъ права на чужую вещь даютъ ихъ субъектамъ право искать возмѣщенія убытковъ со стороны собственника.

Сохраняя терминологію закона, мы должны сказать, что право участія общаго есть 1) ограниченіе права собственности въ интересѣ всѣхъ и каждаго; право участія частнаго есть ограниченіе права собственности въ интересѣ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ лицъ. Ограниченія права собственности того и другого вида не подлежатъ аналогическому толкованію, а потому никакихъ иныхъ правъ участія, кромѣ указанныхъ въ законѣ, быть не можетъ. 2) Различіе между правомъ участія общаго и частнаго выражается также въ порядкѣ ихъ защиты. Право участія общаго есть отношеніе публичнаго, а не частнаго характера, и потому оно охраняется административнымъ, а не судебнымъ порядкомъ. Если, напр., собственникъ участка земли, черезъ который пролегаетъ дорога, препятствуетъ проѣзду, загородивъ ее, то проѣзжающій въ правѣ обратиться къ содѣйствію ближайшей полицейской власти (т. II, общ. учр. губ., ст. 742). Напротивъ, на случай нарушенія правъ участія частнаго законъ устанавливаетъ судебный порядокъ защиты (уст. гражд. суд. ст. 29 п. 5). 3) Дальнѣйшее различіе между правомъ участія общаго и частнаго заключается въ томъ, что первое, какъ установленное въ интересѣ всѣхъ согражданъ, не можетъ быть прекращено или измѣнено иначе, какъ указаннымъ въ законѣ образомъ (напр., измѣненіе направленія дороги). Право же участія частнаго, установленное въ интересѣ опредѣленныхъ лицъ, можетъ, по соглашенію этихъ послѣднихъ съ собственникомъ, быть измѣнено или совершенно прекращено. Договоръ достаточенъ для прекращенія права участія между лицами согласившимися,

но, чтобы устраненіе законнаго ограниченія получило вещный характеръ и было обязательно для всѣхъ послѣдующихъ собственниковъ-преемниковъ,—необходимо облеченіе соглашенія въ крѣпостную форму.

Старшему нотаріусу поручено вносить въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ отмѣтки объ ограниченіяхъ права собственности на недвижимости, состоящихъ въ уступкѣ собственникомъ въ пользу посторонняго лица или же въ пользу другого недвижимаго имущества права частнаго участія (нот. пол. ст. 159). Законъ выражается совершенно неправильно. Если собственникъ дома въ силу закона лишенъ права выводить окна на межѣ, то соглашеніе съ сосѣдомъ можетъ повести къ устраненію этого ограниченія, а не къ установленію его. Не собственникъ дома уступаетъ право участія сосѣду, а послѣдній отказывается отъ принадлежащаго ему по закону участія. Вслѣдствіе неточности выраженія приведенной статьи и смѣшенія со стороны самого закона права частнаго участія съ сервитутомъ, практика наша высказываетъ положеніе, будто право участія частнаго устанавливается или закономъ, или договорнымъ соглашеніемъ, или силою судебнаго рѣшенія, между тѣмъ какъ указанные въ законѣ виды разсматриваемаго отношенія установлены закономъ и не нуждаются для своего возникновенія въ договорѣ или судебномъ рѣшеніи, а иные виды ограниченія права собственности, кромѣ указанныхъ въ законѣ, не могутъ возникнуть помимо закона.

II. Право участія общаго. Эта форма ограниченія права собственности преслѣдуетъ исключительно интересы сообщенія.

1. Законъ стѣсняетъ собственника земли, черезъ которую проходитъ *дорога*, въ томъ отношеніи, что эта полоса земли, отведенная подъ дорогу, не можетъ быть обращена ни на какое иное употребленіе, препятствующее сообщенію. Въ законѣ указываются пять классовъ дорогъ—главныхъ сообщеній: большихъ, губернскихъ почтовыхъ, уѣздныхъ почтовыхъ, наконецъ, сельскихъ и полевыхъ (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 10). Право участія общаго распространяется не только на дороги послѣдняго класса, какъ безспорно состоявшія всегда въ частной собственности, но и на прочія дороги, относительно которыхъ въ прежнее время существовалъ споръ. Въ то время какъ одни, на основаніи текста ст. 434 т. X ч. 1 признавали, что земля подъ всѣми вообще дорогами составляетъ частную

собственность, другіе, на основаніи того же текста статьи и ея историческихъ источниковъ, настаивали на томъ, что эта земля подъ большими дорогами составляетъ государственное достояніе. Въ настоящее время этотъ споръ разрѣшенъ закономъ 2 іюня 1899 года, повидимому, въ пользу перваго взгляда. «Земля подъ дорогою общаго пользованія, остающаяся свободною вслѣдствіе ея упраздненія или суженія, поступаетъ безвозмедно въ распоряженіе владѣльцевъ земель, черезъ которыя пролегала во время ея упраздненія или суженія, если учрежденіе, въ вѣдѣніи коего она находилась, не имѣетъ доказательствъ, что та земля пріобрѣтена была подъ дорогу установленнымъ порядкомъ изъ частной собственности» (т. X ч. 1 ст. 435[1]). Только въ послѣднемъ случаѣ освободившаяся земля поступаетъ или въ составъ государственныхъ земельныхъ имуществъ, или въ распоряженіе того учрежденія, которое завѣдывало дорогою (т. X ч. 1 ст. 435[5]). Смыслъ этого закона, носящаго явные слѣды канцелярскаго происхожденія, очевидно, тотъ, что земля подъ большими дорогами предполагается частною собственностью, пока не имѣется ясныхъ доказательствъ противнаго.

Законъ указываетъ на цѣль малыхъ дорогъ,—проѣздъ на отхожія пашни, сѣнные покосы, въ лѣса и другія угодья, для прогона скота и къ рѣкамъ для водопоя (т. X ч. 1 стт. 448 и 449). Но кромѣ этихъ экономическихъ соображеній, проѣздъ и проходъ долженъ быть допущенъ и въ видахъ простого сообщенія между селеніями, тѣмъ болѣе, что цѣль проѣзда сама по себѣ не обнаруживается. Гдѣ дорогъ нѣтъ, говоритъ законъ, тамъ назначаются онѣ вновь, не занимая, однако же, усадебныхъ мѣстъ и не повреждая никакихъ строеній (т. X ч. 1 ст. 450). Но въ законѣ не содержится указаній, кто можетъ просить о назначеніи новой дороги, не значащейся еще по межевымъ планамъ, и въ какомъ порядкѣ должно оно происходить. По всей вѣроятности, забота должна лежать на самой администраціи, увѣдомляемой о томъ лицами заинтересованными. Зато опредѣляется ширина малыхъ, сельскихъ или проселочныхъ дорогъ,—именно 3 сажени (т. X ч. 1 ст. 449, т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 524). Ограниченіе права собственности состоитъ въ томъ, что собственникъ принужденъ допустить свободный проходъ и проѣздъ по дорогѣ, а соотвѣтственно тому запрещается ему дороги перекапывать, загораживать, перепахивать или иначе повреждать и стѣснять (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 889). Мало того, собственникъ земли,

находящейся подъ дорогою, обязывается къ содержанію послѣдней въ надлежащемъ видѣ, къ устройству, въ случаѣ необходимости, мостовъ и гатей (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., стт. 802 и 805), что̀, конечно, составляетъ уже повинность, а не ограниченіе права собственности. При томъ собственникъ дороги не можетъ устанавливать и взимать какіе бы то ни было сборы (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 840), исключая только тотъ случай, когда собственникъ устраиваетъ перевозъ, но и то не иначе, какъ по таксѣ, утвержденной министромъ внутреннихъ дѣлъ (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 843). Если собственнику предстанетъ надобность лежащія въ его дачахъ малыя или проселочныя дороги занять строеніемъ, распахать въ пашню или затопить запрудами, то это дозволяется, съ обязанностью сдѣлать, вмѣсто старой дороги, новую, не въ дальнемъ отъ прежней разстояніи и черезъ свои же, а не постороннія дачи, и притомъ такъ, чтобы начало и конецъ приходились на ту же прежнюю дорогу (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., стт. 891 и 892).

2. Рядомъ съ сухопутными стоятъ *водныя сообщенія*. По русскому законодательству, изъ объема правомочій, предоставляемыхъ прибрежнымъ собственникамъ, можно бы вывести, что всѣ вообще рѣки составляютъ предметъ частной собственности. Хотя ст. 406 и причисляетъ судоходныя рѣки къ имуществамъ государственнымъ, но частноправовой характеръ ихъ обнаруживается изъ слѣдующаго. Дно рѣки, все равно—судоходной или нѣтъ, составляетъ предметъ права частной собственности прибрежныхъ собственниковъ (т. X ч. 1 стт. 428 и 429). Если прибрежному собственнику предоставлено исключительное право рыбной ловли въ рѣкѣ (XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 490), опять-таки все равно, судоходной или нѣтъ, то это не въ силу особаго берегового права, а въ силу принадлежащаго ему права собственности.

а. По всѣмъ судоходнымъ и сплавнымъ рѣкамъ установлено свободное *передвиженіе* въ интересѣ всѣхъ безъ изъятія (т. X ч. 1 ст. 434). Водный путь почитается открытымъ для общаго пользованія, независимо отъ правительственнаго распоряженія, если онъ, въ естественномъ своемъ состояніи, безъ особыхъ искусственныхъ приспособленій, пригоденъ для производства по оному судоходства, сплава или гонки лѣса и дровъ (т. XII ч. 1, Прод. 1906, ст. 359, прим. 3, уст. пут. сообщ.). Правда, въ законодательствѣ нашемъ указывается и другой отличитель-

ный признакъ: ст. 87 т. XII ч. 1 перечисляетъ поименно судоходныя и сплавныя рѣки. Очевидно, указанные признаки не совпадаютъ: рѣка можетъ быть судоходной и сплавной, но не попасть въ списокъ. Возникаетъ невольно вопросъ, которому изъ этихъ признаковъ должно быть отдано преимущество: слѣдуетъ ли признавать рѣками, состоящими въ общемъ пользованіи, тѣ, которыя являются судоходными и сплавными по естественнымъ своимъ свойствамъ, или же тѣ, которыя поименованы въ законѣ. Смыслъ перваго постановленія достаточно категориченъ, чтобы могло существовать сомнѣніе въ его юридическомъ превосходствѣ (кас. рѣш. 1896, № 43). Ограниченія права собственности дѣлаются въ настоящемъ случаѣ исключительно въ интересахъ воднаго сообщенія. Какъ собственники рѣкъ, такъ и собственники земель, прилегающихъ къ общественнымъ рѣкамъ, не должны оказывать препятствія лѣсной и судовой промышленности.

b. Прибрежные собственники обязаны допускать свободный проѣздъ на судахъ, а также не должны *строить на рѣкахъ* судоходныхъ мельницъ, плотинъ, заколовъ и другихъ перегородокъ, отъ которыхъ рѣки засоряются и къ судовому ходу дѣлаются неудобными (т. X ч. 1 ст. 438 п. 1). Собственникамъ запрещается строить черезъ малыя несудоходныя рѣчки мосты на козлахъ, жердяхъ и на слабыхъ сваяхъ, но дозволяется строить постоянные мосты, которые бы сплаву бревенъ и дровъ не препятствовали, или содержать разводные мосты или перевозы (т. X ч. 1 ст. 440).

c. Въ интересахъ той же промышленности ограничивается, далѣе, право собственности на полосу прибрежной земли, извѣстную подъ именемъ *бечевника*. По берегамъ рѣкъ и другихъ водныхъ сообщеній опредѣляется извѣстное пространство земли для бечевой тяги судовъ и плотовъ и для прочихъ надобностей судоходства (т. X ч. 1 ст. 437). Эта полоса занимаетъ 10 саженъ отъ гребня (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 359). Для облегченія тѣхъ городовъ, селеній и жилыхъ мѣстъ, гдѣ открытіе 10-тисаженнаго бечевника требовало бы сноса значительныхъ строеній, дозволяется, вмѣсто бечевниковъ, оставлять тамъ для надобностей судоходства по берегамъ рѣкъ однѣ только набережныя, но зато отводить для причала судовъ, выгрузки и разгрузки товаровъ особыя мѣста подъ наименованіемъ пристаней (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., стт. 377 и 378).

Бечевники раздѣляются на естественные и искусственные.

Первые идутъ вдоль водъ, образованныхъ природою, послѣдніе же нарѣзываются вдоль искусственныхъ каналовъ и, при существованіи шлюзной системы на природныхъ водахъ, выше и ниже плотинъ (уст. пут. сообщ. ст. 361). Различіе между естественными и искусственными бечевниками довольно существенно. Первые существуютъ «словомъ закона», вторые существуютъ только тамъ, гдѣ они отведены и, притомъ за вознагражденіе отъ казны.

Законъ предоставляетъ въ общее пользованіе и *морскіе берега* (т. X ч. 1 ст. 406), не опредѣляя точнѣе, на какомъ пространствѣ. Очевидно собственникъ участка, прилегающаго къ морю, можетъ быть стѣсненъ въ пользованіи только тою полосою, какая вызывается необходимостью судоходства и рыболовства. Здѣсь мы также имѣемъ бечевникъ, хотя законъ и не называетъ его такъ. Размѣръ этой полосы неодинаковъ; для Сѣвернаго океана и Бѣлаго моря она не превышаетъ 10 саженъ (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 515), для Каспійскаго моря она достигаетъ полверсты (въ восточной части) и даже одной версты (въ другихъ частяхъ) (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 746). Пространство это опредѣляется отъ послѣднихъ заплесковъ при самой высокой водѣ. Собственники земель, прилегающихъ къ озерамъ, которыя состоятъ въ общемъ пользованіи, обязаны оставить по берегамъ во все пространство ихъ владѣнія мѣсто по 10 саженъ для пристанища рыбныхъ ловцовъ и для обсушки снастей (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 488).

Соотвѣтственно цѣли бечевника, собственнику не дозволяется застраивать его (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 363), а судопромышленники могутъ устраивать на бечевникѣ временные балаганы, а также для охраненія клади избы, лишь бы эти строенія не заграждали пути (т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 358). Пользованіе бечевникомъ со стороны проѣзжающихъ не даетъ права собственнику устанавливать и взимать какіе-либо сборы (т. X ч. 1 ст. 438 п. 3, т. XII ч. 1, уст. пут. сообщ., ст. 365). Совершенно правильно въ послѣднее время взглянулъ Сенатъ на сущность бечевника, признавъ въ немъ ограниченіе права собственника, а не изъятіе вещи изъ оборота (кас. рѣш. 1900, № 14). Слѣдовательно, бечевникъ можетъ быть предметовъ сдѣлокъ, насколько онѣ не противорѣчатъ цѣли ограниченія.

d. Въ интересѣ поддержанія судоходства въ затруднительное

время года, во время обмелѣнія, для собственниковъ мельницъ на рѣкахъ, поименованныхъ въ законѣ (по Прод. 1906, уст. пут. сообщ., ст. 363, прим. 5), обязателенъ *спускъ воды*, чѣмъ останавливается, конечно, дѣйствіе этихъ мельницъ: собственники мельницъ на этихъ рѣкахъ, обязаны, по требованію начальства путей мѣстнаго сообщенія, спускать воду (т. X ч. 1 ст. 439).

III. Право участія частнаго. Право участія частнаго устанавливаетъ ограниченіе права собственности въ интересѣ опредѣленныхъ лицъ, именно сосѣдей. Поэтому право участія частнаго могло бы быть названо, съ большимъ успѣхомъ, правомъ сосѣдства. Оно, въ противоположность сервитутамъ, не даетъ сосѣдямъ никакихъ самостоятельныхъ правъ на чужой землѣ, а только стѣсняетъ собственника участка въ осуществленіи своего права. Неограниченное пользованіе своимъ правомъ со стороны каждаго изъ смежныхъ собственниковъ могло бы повлечь фактическое стѣсненіе каждаго изъ нихъ, напр., если бы можно было спускать воду на чужой дворъ, сметать соръ и т. п. Въ устраненіе фактическихъ стѣсненій, законъ устанавливаетъ юридическія ограниченія. Эти ограниченія вызываются условіями сосѣдства въ городѣ или внѣ города.

1. *Право сосѣдства въ городѣ* устанавливаетъ слѣдующія стѣсненія права собственности въ интересѣ сосѣдей. a) Собственникъ дома не въ правѣ пристраивать кухни и печи къ стѣнѣ чужого дома (а слѣдовательно, и кузницы), b) лить воду (а слѣдовательно, спускать талый снѣгъ или нечистоты) и сметать соръ на домъ или дворъ сосѣда (а слѣдовательно, и устраивать въ стѣнѣ трубы для отвода дыма), c) дѣлать скатъ крыши на дворъ сосѣда, но долженъ обращать его на свою сторону, d) выводить окна и двери на сосѣдній дворъ (т. X ч. 1 ст. 445). По мнѣнію Сената всѣ эти ограниченія имѣютъ равное примѣненіе какъ въ городахъ, такъ и въ селеніяхъ (рѣш. общ. собр. 1893, № 20). Но этому противорѣчатъ источники, на которыхъ основаны приведенныя статьи, а также указаніе въ прим. къ ст. 445, что особыя ограниченія о постройкахъ сельскихъ обывателей указаны въ особомъ приложеніи къ законамъ о состояніяхъ.

Относительно послѣдняго ограниченія слѣдуетъ замѣтить, что лицо, строящее домъ или брандмауэръ на самой межѣ своего двора, не должно дѣлать оконъ на дворъ или на крышу сосѣда безъ его согласія; если же лицо строитъ не на самой

межѣ, а съ отступленіемъ отъ нея внутрь своего двора, хотя бы на полъ-аршина, оно уже можетъ выводить окна по направленію къ сосѣднему двору (т. X ч. 1 стт. 446 и 447). Но, конечно, оно можетъ ожидать, что сосѣдъ, осуществляя свое право, возведетъ на самой межѣ брандмауэръ, домъ или иное строеніе, которыми совершенно преградитъ доступъ свѣта къ окнамъ сосѣда. Цѣль послѣдняго ограниченія состоитъ въ огражденіи собственника одного участка отъ нескромныхъ взоровъ сосѣдей, отъ возможности выбрасывать черезъ окно нечистоты на чужой дворъ, отъ легкаго доступа на чужой дворъ, благопріятствующаго кражѣ. Согласно цѣли закона, сосѣдъ долженъ быть признанъ ограниченнымъ не только въ правѣ выводить окна на чужой дворъ, но и строить балконы, крытыя галлереи и всякія иныя сооруженія, дающія возможность имѣть видъ и доступъ во дворъ сосѣда (contra кас. рѣш. 1887, № 107). И, напротивъ, устройство глухихъ оконъ изъ толстаго стекла, дающихъ лишь пользованіе свѣтомъ (res omnium communis) вполнѣ допустимо.

2. *Право сельскаго сосѣдства* препятствуетъ: а) собственнику земель, расположенныхъ ниже по рѣкѣ, поднимать запрудами рѣчную воду и влѣдствіе того потоплять его луга, пашни и останавливать дѣйствіе его мельницы (т. X ч. 1 ст. 442 п. 1). Сенатъ даетъ распространительное толкованіе этому пользованію и считаетъ недозволеннымъ, въ силу указанной статьи, потопленіе пастбищъ, прогоновъ для скота, вверху рѣки лежащихъ (кас. рѣш. 1872, № 484). Но это ограниченіе не распространяется настолько далеко, чтобы стѣснять право собственника нижняго участка въ пользованіи прудомъ, если собственникъ верхняго участка предполагаетъ еще строить мельницу и встрѣчаетъ препятствіе въ существующей высотѣ воды (кас. рѣш. 1874, № 94). Вообще, въ соотношеніи между верхнимъ и нижнимъ владѣльцами основной принципъ—сохраненіе status quo. Оба владѣльца не должны причинять другъ другу убытковъ своими дѣйствіями по поднятію уровня воды въ рѣкѣ и во избѣжаніе ихъ обязаны не выходить изъ предѣловъ такого фактическаго положенія, въ которомъ они оба находились до спорнаго момента (кас. рѣш. 1909, № 76). Поэтому, если нижній владѣлецъ успѣлъ поставить мельницу на рѣкѣ, то верхній владѣлецъ не долженъ своими сооруженіями препятствовать дѣйствію мельницы нижняго сосѣда, насколько то зависитъ отъ естественныхъ силъ воды. Наоборотъ, если

верхній владѣлецъ построилъ уже мельницу, то нижній владѣлецъ не долженъ чрезмѣрнымъ поднятіемъ уровня воды или спускомъ ея останавливать дѣйствіе мельницы верхняго сосѣда.

b. Въ случаѣ невозможности собственнику имѣнія, окруженнаго чужими участками, пройти или проѣхать иначе, какъ черезъ чужую землю, онъ можетъ требовать предоставленія ему права проѣзда или прохода черезъ постороннія дачи (т. X ч. 1 ст. 448 и 450). Такая безвыходность можетъ наступить вслѣдствіе, напр., образовавшагося отъ весеннихъ водъ оврага, который прервалъ сообщеніе. Такое требованіе основывается на законѣ, а не на соглашеніи съ собственникомъ участка, черезъ который предполагается проложить путь, поэтому согласіе его не имѣетъ значенія въ настоящемъ случаѣ (кас. рѣш. 1881, № 173). Требованіе дороги основывается на невозможности сообщенія, а не на неудобствѣ, поэтому собственникъ не обязанъ допускать прохода или проѣзда сосѣда въ интересахъ большей близости или большаго удобства новой дороги. Требованіе дороги основывается на безвыходности, которая обнаружилась по обстоятельствамъ, не зависѣвшимъ отъ воли истца, поэтому если эта безвыходность наступила по его собственной винѣ, напр., вслѣдствіе раздѣла между нѣсколькими лицами, вслѣдствіе особенныхъ застроекъ, то нѣтъ никакого основанія устанавливать ограниченіе. Въ видѣ частнаго правила, законъ постановляетъ, что если черезъ измѣненіе теченія большихъ и малыхъ рѣкъ, служащихъ границей владѣнія, которая либо сторона лишится вовсе водопоя, то назначать къ тѣмъ рѣкамъ дороги (т. X ч. 1 ст. 451). Право прохода и проѣзда черезъ сосѣднія земли на замкнутые участки слѣдуетъ признать не только за собственниками послѣднихъ, но также и за арендаторами ихъ.

c. Собственникъ прибрежнаго участка не въ правѣ примыкать плотины къ противоположному берегу, который принадлежитъ другому лицу (т. X ч. 1 ст. 442 п. 2). Строго говоря, здѣсь и нѣтъ ограниченія права собственности, потому что, устраивая плотину на чужомъ берегу, собственникъ выходитъ уже за предѣлы своего права.

III. Въ предупрежденіе опасности, соединенной съ желѣзнодорожной эксплоатаціей, установлены закономъ ограниченія *для желѣзнодорожныхъ сосѣдей*. Собственники земель, расположенныхъ вдоль линіи желѣзныхъ дорогъ, подвергаются многочисленнымъ стѣсненіямъ: 1) строенія, смотря по матеріалу,

могутъ быть возводимы ими только на опредѣленномъ разстояніи отъ границы отчужденной подъ желѣзную дорогу земли; 2) разработка открытыхъ копей, песку, глины, торфа, камня и другихъ предметовъ, а также рытье ямъ и углубленій, дозволяется на разстояніи отъ пограничной черты отчужденной подъ дорогу земли не меньше 10 саженъ; 3) разсадка деревьевъ и кустовъ въ тѣхъ мѣстахъ, когда отъ этого можетъ быть загражденъ видъ дороги или могутъ увеличиться снѣжные заносы, воспрещается на разстояніяхъ ближе указанныхъ въ законѣ; 4) на ручьяхъ и протокахъ, изъ которыхъ снабжаются водою станціи желѣзныхъ дорогъ, воспрещается, выше станцій, задерживать или отводить теченіе таковыхъ ручьевъ и протоковъ, ко вреду желѣзной дороги (т. XII, ч. 1, уст. жел. дор., ст. 153, прил.).

IV. Кромѣ права участія, въ русскомъ законодательствѣ содержится важное ограниченіе права собственности въ пользованіи лѣсами. Такъ какъ лѣса имѣютъ вліяніе на состояніе водъ и на климатъ, то *пользованіе лѣсами* не предоставлено полному усмотрѣнію собственника. Положеніемъ о сбереженіи лѣсовъ 1888 г. всѣ лѣса въ тѣхъ мѣстностяхъ, на которыя распространено дѣйствіе новаго закона, раздѣляются на два класса—защитные и незащитные. Свойство защитныхъ пріобрѣтается по признаніи его въ установленномъ порядкѣ. Въ защитныхъ лѣсахъ могутъ быть воспрещаемы; a) сплошныя вырубки растущаго лѣса, съ разрѣшеніемъ производить постепенную выборку деревъ, подъ условіемъ послѣдовательнаго возобновленія насажденій естественнымъ путемъ; b) корчеваніе пней и корней, если состояніе почвы угрожаетъ обмывами, обвалами или образованіемъ летучихъ песковъ, или же если пни и корни необходимы для естественнаго возобновленія лѣса; c) пастьба скота, сборъ лѣсной подстилки и другія подобныя пользованія, когда они могутъ повести къ истребленію или разстройству лѣсонасажденія (т. VIII, ч. 1, уст. лѣсн. ст. 796). Въ лѣсахъ, не признанныхъ защитными, расчистка хотя и допускается, но подъ различными, болѣе или менѣе стѣснительными условіями.

§ 23.

Способы пріобрѣтенія права собственности.

Литература: Энгельманъ, *О пріобрѣтеніи права собственности на землю по русскому праву*, 1859, стр. 130—160; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. I; Мейеръ, *Русское гражданское право*, стр. 278—318; Дювернуа, *Чтенія по гражданскому праву*, т. 2, стр. 81—150; Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, в. 2, стр. 105—159; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. II, стр. 124—285; Тыжновъ, *О приращеніи по римскому праву сравнительно съ французскимъ и русскимъ законодательствами* („Учен. Зап. Каз. Унив.“, 1858); Юзефовичъ, *О правѣ приращенія къ недвижимостямъ*, 1875; Муллловъ, *Кладъ и находка* („Ж. Мин. Юст.“, 1863, № 1); Суворовъ *О находкѣ по русскимъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1875, № 2); Бутовскій, *Давность владѣнія*, 1911; Энгельманъ, *О давности по русскому гражданскому праву*, 3 изд. 1900; Куницынъ, *Пріобрѣтеніе права собственности по давности владѣнія* („Ж. Мин. Юст.„, 1864, №№ 10, 11, 12); Боровиковскій, *Отчетъ судьи*, т. 2, 1892, стр. 3—206; Загоровскій, *О пріобрѣтеніи права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи* („Юрид. Вѣст.“ 1890, т. V); Пахманъ, *Къ вопросу о примѣненіи давности къ церковнымъ землямъ* („Ж. С.-Пет. Юрид. Общ.“, 1894, мартъ); Васьковскій, *Давность и церковныя земли* (Ж. Мин. Юст.“, 1895, май); Павловъ, („Русское Обозрѣніе“, 1894, декабрь); А. Карабѣговъ, *Давность по церковнымъ землямъ*, 1894; Каминка, *Къ вопросу о примѣненіи давности къ церковнымъ землямъ* („Ж. С.-Пет. Юр. Общ.“, 1895, іюнь); Г., *Подлежатъ ли церковныя имущества дѣйствію давности* („Ж. С.-Пет. Юр. Общ.“, 1894, октябрь); Товстволѣсъ, *Находка и мѣсто ея въ системѣ русскаго законодательства* („Ж. М. Ю.“ 1901, № 9); Трепицинъ, *Переходъ права собственности на движимыя имущества посредствомъ передачи и соглашенія*, 1903; Гейне, *О пріобрѣтеніи плодовъ добросовѣстнымъ владѣльцемъ* по X т. 1 ч. („В. Пр.“, 1900, № 8); Лаврентьевъ, *Спецификація* („В. Пр.“ 1902, № 9—10); Поповъ, *Роль ввода во владѣніе въ нашемъ законодательствѣ* („Ж. М. Ю.“ 1902, № 4).

I. Классификація способовъ. Права на имущества, говоритъ законъ, пріобрѣтаются не иначе, какъ способами, въ законахъ опредѣленными (т. X ч. 1 ст. 699), слѣдовательно, и право собственности на вещи можетъ быть пріобрѣтено только указанными въ законѣ способами. Способомъ пріобрѣтенія собственности называется такой юридическій фактъ, съ которымъ, по взгляду объективнаго права, соединяется установленіе права собственности въ лицѣ даннаго субъекта. Наше законодательство предлагаетъ слѣдующую систему способовъ пріобрѣтенія права собственности: 1) способы дарственные и

безвозмездные, а именно: пожалованіе, выдѣлъ, даръ, завѣщаніе, 2) наслѣдство, 3) способы обоюдные—мѣна и купля, 4) договоры и обязательства. Такая классификація совершенно несостоятельна. Договоръ вообще не способъ пріобрѣтенія собственности, а только основаніе, и при томъ, опредѣляя особое мѣсто для договоровъ, законъ упускаетъ изъ виду, что тотъ же договорный характеръ присущъ дару, пожалованію, мѣнѣ и куплѣ. Съ другой стороны, принятая въ нашемъ законѣ классификація страдаетъ неполнотой,—такъ, въ ней не указана давность владѣнія, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности, признанный русскимъ законодательствомъ.

Въ теоріи общепринято дѣленіе способовъ пріобрѣтенія собственности на первоначальные и производные. Способъ будетъ первоначальнымъ, если право собственности въ лицѣ даннаго субъекта устанавливается самостоятельно, независимо отъ другого лица, т.-е. на объекты, которые еще не составляли чьей-либо собственности, или же на объекты, которые, хотя и составляли собственность другого лица, но подчиняются господству новаго пріобрѣтателя независимо отъ правъ предшествовавшаго собственника. Способъ будетъ производнымъ, когда право собственности въ лицѣ даннаго субъекта устанавливается на основаніи права прежняго собственника.

Указанное дѣленіе имѣетъ то юридическое значеніе, что при производномъ способѣ пріобрѣтенія объемъ права обусловливается правомъ прежняго собственника, чего нѣтъ при первоначальномъ способѣ, а дальнѣйшее слѣдствіе — производный способъ вызываетъ необходимость провѣрки правъ всѣхъ прежнихъ собственниковъ, что̀ представляется излишнимъ при первоначальномъ способѣ. Къ первоначальнымъ способамъ пріобрѣтенія собственности относятся: завладѣніе, давность владѣнія, отдѣленіе плодовъ, приращеніе, переработка, находка, соединеніе; къ производнымъ—передача. Ко второму разряду относится также наслѣдованіе, но оно подлежитъ особому разсмотрѣнію, въ виду сложности вызываемыхъ имъ отношеній.

Различіе между производными и первоначальными способами не чуждо нашему законодательству, которое, видимо, руководствуется этою идеею, когда противопоставляетъ положеніе: «кто былъ первымъ пріобрѣтателемъ»—положенію: «кому власть сія отъ перваго пріобрѣтателя дошла» (т. X ч. 1 ст. 420).

II. Передача. *Подъ именемъ передачи понимается предоставленіе однимъ лицомъ другому владѣнія вещью съ намѣреніемъ*

перенести право собственности. Такимъ образомъ передача есть тотъ юридическій фактъ, съ которымъ соединяется пріобрѣтеніе права собственности, а основаніемъ ему служитъ какой-нибудь договоръ, купля-продажа, дареніе. Сдѣлка создаетъ обязательственное отношеніе, которое влечетъ за собою, хотя и не необходимо, вещное отношеніе вслѣдствіе передачи. Силою сдѣлки создается обязанность передать, силою передачи переносится право собственности. За необходимость передачи, какъ физическаго акта, говорятъ различныя соображенія теоретическаго и практическаго свойства. Такъ какъ право собственности принадлежитъ къ абсолютнымъ правамъ и создаетъ общую для всѣхъ обязанность уважать это право, то необходимо, чтобы установленіе связи между вещью и даннымъ субъектомъ было видимо для всѣхъ, а не основывалось на одномъ негласномъ соглашеніи двухъ лицъ. Договору, по существу его, чуждо установленіе вещной связи—онъ создаетъ лишь право требованія и такимъ путемъ подготовляетъ вещное право. Договоръ проявляетъ свою силу въ отношеніи договаривающихся,—для установленія обязанности третьихъ лицъ необходимъ еще другой актъ.

Конечно, съ требованіемъ передачи соединены нѣкоторыя практическія неудобства. Такъ, напр., продавецъ сохраняетъ право на проданную вещь до передачи и потому можетъ снова продать ее и тѣмъ лишить покупщика пріобрѣтеннаго права, предоставляя ему только право требовать вознагражденія. Однако, едва ли не большее практическое затрудненіе можетъ возникнуть при противоположномъ правилѣ. Если покупщикъ пріобрѣлъ право собственности уже въ силу договора, а вещь, между тѣмъ, осталась во владѣніи продавца, то послѣднему ничто не мѣшаетъ снова продать ее. Конечно, продажа будетъ недѣйствительна, но отъ нея пострадаетъ второй покупщикъ, который ничего не зналъ о первой сдѣлкѣ и которому приходится удовлетворяться требованіемъ вознагражденія. А между тѣмъ легче было первому покупщику предупредить подобное стеченіе правъ пріобрѣтеніемъ владѣнія, чѣмъ второму собрать свѣдѣнія о принадлежности пріобрѣтаемой вещи.

Принципъ признанія права собственности въ силу одного договора вноситъ нѣкоторую неясность въ обязательства. Возьмемъ договоръ купли-продажи. Непосредственною цѣлью указаннаго обязательства является пріобрѣтеніе покупщикомъ права собственности. Если допустить, что эта цѣль достигается

въ моментъ установленнаго согласія, то какое, спрашивается, юридическое основаніе обязанности продавца передать впослѣдствіи, а до того времени сохранять проданную вещь (франц. гражд. код. § 1603)? Очевидно, что такую обязанность нельзя выводить изъ договора купли-продажи.

Совсѣмъ уже нелогично устанавливать, по примѣру французскаго законодателя, различные моменты перехода права собственности въ отношеніи къ отчуждателю и въ отношеніи къ третьимъ лицамъ и такимъ образомъ создавать категорію относительно-абсолютныхъ правъ. А между тѣмъ къ этой непослѣдовательности привело послѣдовательное проведеніе принципа, принятаго составителями французскаго кодекса. Взглядъ, по которому право собственности переходитъ въ моментъ соглашенія, а не передачи, приводитъ постепенно къ противорѣчіямъ. Въ интересахъ тѣхъ же третьихъ лицъ французскій законодатель принужденъ былъ постановить, что если кто-либо обязался дать или передать движимую вещь послѣдовательно двумъ лицамъ, то право собственности пріобрѣтаетъ тотъ, комупредоставлено владѣнію вещью, хотя бы право его и возникло позднѣе (франц. гражд. код. § 1141). Очевидно, что законодателю пришлось отступить отъ своего принципа въ наиболѣе важномъ случаѣ его примѣненія. Кромѣ того, принципъ французскаго законодательства сталъ въ противорѣчіе съ другимъ, выставленнымъ въ немъ принципомъ — en fait des meubles possession vaut titre. Съ этимъ принципомъ не согласуется и право продавца не передавать вещь, проданную на наличныя деньги, если покупщикъ не платитъ ея цѣны (франц. гражд. код. § 1612).

Пріобрѣтеніе права собственности посредствомъ передачи было признано римскимъ правомъ, а въ настоящее время этого начала придерживается германское законодательство. По новому германскому уложенію, — передача составляетъ необходимое условіе перехода права собственности на движимость (§ 929 п. 1). Таково общее правило. Передача представляется излишнею въ трехъ случаяхъ: a) когда пріобрѣтатель уже владѣетъ вещью (§ 929 п. 2—traditio brevi manu); b) когда прежній собственникъ, по соглашенію, продолжаетъ держать вещь у себя (§ 930, constitutum possessorium); c) когда отчуждаемая вещь находится во владѣніи третьяго лица и состоялось соглашеніе, въ силу котораго собственникъ уступаетъ пріобрѣтателю свое право на искъ (§ 931). Напротивъ, французское

право считаетъ излишнею передачу и признаетъ вполнѣ достаточнымъ одно соглашеніе, такъ что право собственности пріобрѣтается въ силу и съ момента заключенія договора. Право собственности, по исключенію, переходитъ не въ моментъ соглашенія, а позднѣе, въ слѣдующихъ случаяхъ: когда предметомъ сдѣлки является вещь, опредѣляемая родовыми признаками, когда предметомъ сдѣлки является будущая вещь, напр., строющійся пароходъ, когда стороны внесутъ въ договоръ особое условіе о временномъ сохраненіи за отчуждателемъ права собственности. Слѣдуетъ замѣтить, что весь вопросъ касается движимыхъ вещей, потому что право собственности на недвижимости, при ипотечной системѣ, пріобрѣтается только записью въ книги. Въ Англіи, гдѣ нѣтъ ипотечной системы укрѣпленія правъ, право собственности на недвижимости переносится не иначе, какъ съ момента врученія купчей (deed of grant). Въ отношеніи движимыхъ вещей нѣтъ единаго принципа: при продажѣ переходъ права собственности происходитъ въ моментъ соглашенія, при дареніи—въ моментъ передачи (delivery).

Обращаясь къ русскому законодательству, мы находимъ, что оно придерживается требованія передачи,—право собственности пріобрѣтается передачею самаго имущества или вводомъ во владѣніе имъ (т. X ч. 1 стт. 707, 1378, 1380, 1510, 1523, 991, 992). Отсюда мы видимъ, что наше законодательство не только соотвѣтствуетъ германскому праву, но идетъ еще далѣе, требуя передачи даже для недвижимостей. Необходимость передачи особенно отчетливо выражена въ нашихъ конкурсныхъ законахъ, гдѣ вопросъ о моментѣ перехода права собственности особенно важенъ: вещи, проданныя несостоятельному должнику, но еще не переданныя ему, въ конкурсную массу не поступаютъ и обратно—вещи, проданныя несостоятельнымъ должникомъ, но еще не переданныя, остаются въ составѣ конкурсной массы (т. XI ч. 2, уст. суд. торг., стт. 470, 475, 477, 488). Сенатъ, по вопросу, кому принадлежатъ деньги, взысканныя съ должника по требованію взыскателя въ судебное мѣсто, взыскателю или должнику, призналъ, что при понудительномъ взысканіи передача движимыхъ вещей или денегъ отъ должника кредитору совершается или черезъ судебнаго пристава немедленно, или черезъ судъ, если деньги внесены въ депозитъ, и тогда только съ момента врученія взыскателю талона къ ассигновкѣ можно считать, согласно ст. 1510 т. X ч. 1, что передача движимости должника его кредитору окончательно совер-

шилась и деньги сдѣлались его собственностью (кас. рѣш. 1909, № 58).

Существуетъ, однако, противоположный взглядъ, утверждающій, будто пріобрѣтеніе права собственности на движимости, по русскому законодательству, не зависитъ отъ передачи. Основаніемъ такому мнѣнію является ст. 711 т. X ч. 1, которая говоритъ, что движимости могутъ быть пріобрѣтаемы законными способами, безъ всякихъ письменныхъ актовъ, по однимъ словеснымъ договорамъ. Но, при ближайшемъ разсмотрѣніи приведенной статьи, въ содержаніи ея не находится подтвержденія указанному взгляду. Статья эта говоритъ только, что сдѣлки по движимости не должны быть непремѣнно заключаемы письменно, но могутъ быть совершаемы въ словесной формѣ. Это обнаруживается съ особенною ясностью изъ сопоставленія приведенной статьи со слѣдующей, 712, гдѣ указываются, какъ исключенія, сдѣлки, которыя должны быть облечены въ письменную форму. Болѣе твердую опору разсматриваемый взглядъ находитъ въ т. X ч. 1 ст. 1513, въ силу которой, если продавецъ взялъ съ покупщика задатокъ или всѣ деньги, а потомъ проданныхъ вещей отдавать не будетъ, видя въ цѣнѣ возвышеніе, то къ таковой отдачѣ принуждается судомъ. Видимый смыслъ этой статьи заключается въ томъ, что покупщикъ, по заключеніи договора покупки, можетъ взять купленную вещь, какъ свою. Предоставляя покупщику вещное право съ момента совершенія сдѣлки, законъ, слѣдовательно, устранилъ необходимость передачи. Однако, не этою точкою зрѣнія объясняется содержаніе приведенной статьи, а ошибочнымъ взлядомъ нашего законодательства на природу обязательства вообще. Законодатель предполагаетъ, будто стороны, принявшія на себя обязанности по договору, могутъ быть силою вынуждаемы къ исполненію. Лучшимъ подтвержденіемъ является слѣдующая статья, въ силу которой и покупщикъ, если не будетъ принимать купленныхъ вещей, принуждается къ тому судомъ. Обѣ указанныя статьи, 1513 и 1514, находятся во взаимной связи, другъ друга дополняютъ, но не доказываютъ, чтобы законодатель для пріобрѣтенія права собственности считалъ достаточнымъ одно соглашеніе и устранялъ необходимость передачи.

Совершенно отдѣльно должны быть поставлены тѣ условія, при которыхъ, по нашему закону, пріобрѣтаетъ право собственности коммитентъ на купленные для него коммиссіоне-

ромъ товары. Законъ постановляетъ (т. XI ч. 2, уст. торг. по прод. 1910, ст. 54[2]), что по договору коммиссіонера съ третьимъ лицомъ стороною становится коммиссіонеръ, а не коммитентъ, и въ то же время находящіеся въ распоряженіи коммиссіонера товары, купленные за счетъ коммитента, признаются собственностью послѣдняго (ст. 54[17]). Какъ же сдѣлался коммитентъ собственникомъ этихъ товаровъ? Это необъяснимо съ точки зрѣнія теоріи, требующей передачи для пріобрѣтенія права собственности, потому что никакой передачи коммитенту не было, а такъ какъ коммиссіонеръ дѣйствуетъ отъ своего имени, а не какъ представитель, то въ данномъ случаѣ не имѣетъ мѣста пріобрѣтеніе владѣнія черезъ представителя. Но это также необъяснимо и съ точки зрѣнія теоріи, пріурочивающей пріобрѣтеніе права собственности при куплѣ-продажѣ къ моменту соглашенія, потому что между коммитентомъ и третьимъ лицомъ никакого договора не было.

Точно также и относительно недвижимостей отрицается значеніе ввода во владѣніе, какъ момента пріобрѣтенія права собственности. Вводъ во владѣніе имѣлъ важное значеніе въ прежнее время, вызывая въ окружающихъ сосѣдяхъ представленіе о совершившемся переходѣ права собственности на смежное имѣніе, тѣмъ болѣе, что самыя сдѣлки отчужденія оставались негласными. Въ настоящее время, со введеніемъ нотаріальной системы, когда утвержденіе актовъ о вещныхъ правахъ производится исключительно по мѣсту нахожденія недвижимости, и такимъ образомъ переходъ права можетъ быть каждому извѣстенъ—обрядъ ввода во владѣніе представляется безполезнымъ и обременительнымъ. Безполезнымъ потому, что пріобрѣтеніе права собственности стоитъ въ зависимости отъ утвержденія акта старшимъ нотаріусомъ; обременительнымъ потому, что при отчужденіи нотаріусы требуютъ предъявленія вводныхъ листовъ, тогда какъ многіе собственники, особенно тѣ, которые ведутъ свое право по наслѣдству въ теченіе нѣсколькихъ поколѣній, не снабжены такими документами.

Признавая вѣрность утвержденія, что вводъ во владѣніе не долженъ бы имѣть значенія переходнаго момента со времени введенія нотаріальнаго положенія, нельзя, однако, отрицать, что по дѣйствующему законодательству ему именно придано такое значеніе. Сторонники противоположнаго взгляда, пріурочивая переходъ права собственности къ моменту утвержденія акта старшимъ нотаріусомъ или къ отмѣткѣ о томъ въ реестрѣ

крѣпостныхъ дѣлъ, основываются на общемъ смыслѣ нѣсколькихъ статей нотаріальнаго положенія (стт. 66, 154 п. 3, 157, 168, 169, 177 и особенно ст. 178[1]) и совершенно устраняютъ ст. 1432 устава гражданскаго судопроизводства. Во-первыхъ, статьи нотаріальнаго положенія, за исключеніемъ послѣдней, не разрѣшаютъ вопроса о моментѣ перехода права собственности такъ рѣшительно, какъ ст. 1432 уст. гр. суд. Только ст. 178[1] нот. пол., обязывающая старшаго нотаріуса немедленно по внесеніи акта въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ увѣдомить земскую или городскую управу о переходѣ права собственности на недвижимость,—дѣйствительно способна благопріятствовать оспариваемому взгляду, но не слѣдуетъ забывать, что она является позднѣйшею вставкою, не имѣющею непосредственнаго отношенія къ разсматриваемому вопросу. Между тѣмъ ст. 1432 уст. гр. суд. постановляетъ, что отмѣченный въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ день ввода во владѣніе недвижимостью считается началомъ дѣйствительной передачи и укрѣпленія права на нее. Отсюда совершенно ясно слѣдуетъ, что вводъ во владѣніе есть форма передачи и что только съ момента его выполненія укрѣпляется право собственности за пріобрѣтателемъ. Можно считать такое постановленіе закона нецѣлесообразнымъ и несоотвѣтствующимъ духу и цѣли нотаріальной системы, но отрицать его догматическую силу нельзя.

Между тѣмъ наша кассаціонная практика въ цѣломъ ряду рѣшеній признала, что переходъ права собственности совершается въ моментъ утвержденія сдѣлки старшимъ нотаріусомъ, а значеніе вводныхъ листовъ совершенно уничтожила (кас. рѣш. 1893, № 107). При этомъ было высказано, что ст. 1432 уст. гр. суд., какъ принадлежащая къ правиламъ охранительнаго судопроизводства, не можетъ быть толкуема въ смыслѣ закона, устанавливающаго матеріальное право. Но мѣсто нахожденія статьи не обусловливаетъ матеріальнаго или процессуальнаго ея характера, который опредѣляется ея содержаніемъ. Самъ Сенатъ придавалъ матеріальное значеніе статьямъ, помѣщеннымъ въ процессуальныхъ законахъ, напр., по вопросу объ исполненіи по закладнымъ, и наоборотъ, статьямъ, помѣщеннымъ въ законахъ матеріальнаго права, придалъ процессуальное значеніе (напр., т. X ч. 1 ст. 703). Утверждаютъ также, что ст. 1432 опредѣляетъ только начало фактической передачи и укрѣпленія права собственности въ отношеніи постороннихъ лицъ, а не въ отношеніи отчуждателя (кас. рѣш. 1881, № 121).

По такимъ положеніемъ наша практика переноситъ на нашу почву странное положеніе французскаго права, вводитъ то относительно-абсолютное право, которому нѣтъ никакой опоры въ русскомъ законодательствѣ и которое нежелательно вводить. Трудно понять, какимъ образомъ Сенатъ, стремящійся доказать, что по закону вводъ во владѣніе не имѣетъ никакого значенія, въ то же время признаетъ за судами возможность отказывать во вводѣ лицамъ, не имѣющимъ права пріобрѣтенія имѣній, послѣ того, какъ таковыя соотвѣтствующими органами за ними укрѣплены (кас. рѣш. 1886, № 65; 1888, № 30). По поводу иска со стороны лица, пріобрѣвшаго домъ съ публичнаго торга, къ лицу, чей домъ продавался, о выселеніи изъ него, Сенатъ высказалъ, что купившій съ публичнаго торга недвижимость не вправѣ требовать выселенія прежняго собственника, пока не получилъ установленной данной и не введенъ во владѣніе (кас. рѣш. 1909, № 78).

1. *Вводъ во владѣніе.* Порядокъ ввода во владѣніе состоитъ въ слѣдующемъ (т. XVI, уст. гр. суд. стт. 1424—1437, т. X ч. 1 ст. 709). Выпись изъ крѣпостной книги, выданная старшимъ нотаріусомъ по утвержденіи представленнаго ему акта, предъявляется окружному суду, въ округѣ котораго находится недвижимость. Окружный судъ выдаетъ исполнительный листъ, на основаніи котораго судебный приставъ производитъ вводъ во владѣніе. Для присутствованія при вводѣ во владѣніе имѣніями, находящимися въ уѣздѣ, приглашаются всѣ смежные владѣльцы того имѣнія, мѣстный сельскій староста, свидѣтели, преимущественно изъ живущихъ въ имѣніи лицъ, а также и арендаторы. Но такъ какъ неявка всѣхъ этихъ лицъ не останавливаетъ совершенія ввода и такъ какъ весь этотъ обрядъ въ представленіи общества является ничего незначащею формальностью, то въ дѣйствительности, кромѣ сельскаго старосты, рѣдко кто присутствуетъ при вводѣ. Вводъ во владѣніе совершается возвѣщеніемъ о новомъ владѣльцѣ имѣнія, прочтеніемъ акта укрѣпленія и составленіемъ затѣмъ вводнаго листа,—въ дѣйствительности только послѣднимъ актомъ. Совершеніе ввода отмѣчается на самомъ актѣ укрѣпленія, о чемъ лицо, производившее вводъ (судебный приставъ, земскій начальникъ), сообщаетъ старшему нотаріусу для отмѣтки о томъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ и оглашенія черезъ Сенатскія Объявленія. Отмѣченный на этомъ основаніи въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ день ввода во владѣніе недвижимымъ имѣніемъ считается на-

чаломъ дѣйствительной передачи и укрѣпленія права на имущество (ст. 1432).

2. Передача движимыхъ вещей совершается дѣйствительнымъ *врученіемъ* этихъ вещей или *поступленіемъ ихъ въ распоряженіе* пріобрѣтателя (т. X ч. 1 ст. 993 и 1510). Отсюда обнаруживается, что передача можетъ состоять или въ физическомъ актѣ, переносящемъ владѣніе самыми вещами, или же въ такомъ дѣйствіи, которое, безъ физической прикосновенности къ вещамъ, давало бы пріобрѣтающему лицу возможность господства надъ ними, напр., при врученіи складочнаго свидѣтельства, дубликата накладной. Съ другой стороны предоставленіе владѣнія съ объективной стороны является излишнимъ, если вещь уже находится въ держаніи пріобрѣтателя и перемѣна субъективнаго момента превращаетъ держаніе во владѣніе, напр., въ случаѣ, когда арендованная баржа покупается нанимателемъ. Въ такихъ случаяхъ третьи лица освоились съ тѣмъ, что продаваемая вещь находится уже въ рукахъ пріобрѣтателя, и потому для перехода собственности врученіе представляется излишнимъ.

III. Давность владѣнія. Въ исторіи русскаго права, по мнѣнію Энгельмана, только псковая давность выработалась въ развитой юридическій институтъ. Давность же владѣнія, существовавшая въ псковскомъ правѣ, исчезла безслѣдно вмѣстѣ съ паденіемъ самостоятельности Пскова и торжествомъ Москвы. «Зачатки давностнаго владѣнія, скорѣе похожіе на usucapio, захватъ или даже приращеніе, возникшіе въ мѣстномъ правѣ Московскаго государства, постепенно разрушались съ начала XVII вѣка, а въ XVIII вѣкѣ отмѣняемы были послѣдніе слѣды ихъ. При изданіи закона о десятилѣтней давности, въ концѣ XVIII вѣка, имѣлась въ виду лишь давность исковая,—о давности владѣнія не было и помину. Въ законахъ 1775 и 1787 гг. даже не встрѣчается выраженія давность, земская давность, а говорится только о десятилѣтнемъ срокѣ; въ манифестѣ 1787 г. новое учрежденіе называется правомъ десятилѣтняго срока. Выраженіе «давность владѣнія» встрѣчается лишь въ Сводѣ 1832 года, когда составлена была отдѣльная статья о ней, представляющая собою, при этомъ, довольно точное воспроизведеніе § 2229 французскаго кодекса. Въ современномъ русскомъ законодательствѣ давность владѣнія остается институтомъ мало развитымъ, сравнительно съ положеніемъ его на Западѣ, и лишеннымъ нѣкоторыхъ существенныхъ условій. Но все же

это не даетъ основанія говорить (Энгельманъ, Малышевъ), что русское законодательство не знаетъ давности владѣнія, какъ способа пріобрѣтенія права собственности.

По дѣйствующему законодательству (т. X ч. 1 ст. 533) спокойное, безспорное и непрерывное владѣніе въ видѣ собственности превращается въ право собственности, когда оно продолжится въ теченіе установленной закономъ давности, а именно 10 лѣтъ. Слѣдовательно, *давностью владѣнія называется способъ пріобрѣтенія права собственности, основанный на безспорномъ и непрерывномъ владѣніи въ продолженіе десяти лѣтъ.* Существенными условіями пріобрѣтенія права собственности по давности являются: владѣніе въ видѣ собственности, безспорность и непрерывность владѣнія, срокъ.

1. Выраженіемъ «въ видѣ собственности» законъ, очевидно, хотѣлъ указать на необходимость *юридическаго владѣнія*, а не просто только держанія. Эта мысль законодательства обнаруживается въ другомъ мѣстѣ еще яснѣе: для силы давности надо владѣть «на правѣ собственности», а не на иномъ основаніи. Какъ посему, говоритъ законъ, одно пользованіе не составляетъ основанія къ праву собственности, то всѣ тѣ, которымъ даны казенныя земли въ пользованіе на извѣстныхъ условіяхъ или для извѣстнаго употребленія, не могутъ пріобрѣсти въ свою собственность, по праву давности, казенныхъ земель, состоящихъ въ ихъ пользованіи, какъ бы долго пользованіе ни продолжалось (т. X ч. 1 ст. 560). Это не значитъ, чтобы казенныя земли не могли быть пріобрѣтены по давности—въ этомъ отношеніи онѣ находятся въ такомъ же положеніи, какъ и частныя. Дѣло въ томъ, что тѣ, которымъ отдана казенная земля въ пользованіе, относятся къ ней, какъ къ чужой, безъ явнаго для всѣхъ намѣренія присвоить ее себѣ. Точно также не можетъ пріобрѣсти по давности арендаторъ, по крайней мѣрѣ, до истеченія договорнаго срока, пожизненный владѣлецъ и другія лица, которыя господствуютъ надъ вещью отъ имени другого, безъ намѣренія присвоенія, какъ пріемщикъ поклажи, залогодержатель, опекунъ, управляющій.

Если стать на точку зрѣнія нашей практики и признать, что право собственности пріобрѣтается на основаніи одного соглашенія независимо отъ передачи, то могъ бы возникнуть трудный вопросъ, пріобрѣтаетъ ли продавецъ, не передавшій еще вещи новому собственнику и сохраняющій ее у себя въ продолженіе давностнаго срока, право собственности по давности

владѣнія? Но такъ какъ мы отвергли возможность пріобрѣтенія права собственности по одному соглашенію, то съ нашей точки зрѣнія вопросъ этотъ не возбуждаетъ сомнѣній, такъ какъ продавецъ до передачи не перестаетъ быть собственникомъ.

Однако, всѣ указанныя лица, которыя владѣютъ вещью не отъ своего имени, не въ видѣ собственности, могутъ пріобрѣсти право собственности, если только явно измѣнятъ свое отношеніе къ собственнику. Помѣщикъ, въ виду бѣдности крестьянъ ближайшей деревни, предоставляетъ имъ нѣсколько десятинъ своей земли въ безмездное пользованіе. Крестьяне, пользующіеся землей на этомъ основаніи, никогда не пріобрѣтутъ права собственности. Но, если они на требованіе наслѣдника, не желающаго продолжать доброе дѣло наслѣдодателя, возвратить землю, отвѣтятъ отказомъ, ссылаясь, напр., на волю помѣщика подарить имъ эти десятины, то по прошествіи давностнаго срока съ этого времени крестьяне могутъ сдѣлаться собственниками. Сколько бы лѣтъ ни находилась заложенная вещь у кредитора, онъ никогда не пріобрѣтаетъ на нее права собственности. Однако, если онъ на требованіе собственника, уплатившаго свой долгъ, возвратить вещь, сослался на то, что закладъ у него украденъ, между тѣмъ какъ вещь продолжала оставаться въ его рукахъ, то съ этого времени онъ начинаетъ владѣть отъ своего имени и, слѣдовательно, по прошествіи земской давности, можетъ сдѣлаться собственникомъ.

Точка зрѣнія закона обнаруживается изъ одного случая, указываемаго имъ по поводу наслѣдованія. Владѣніе одного изъ соучастниковъ общимъ имѣніемъ по заключенной между ними добровольной записи или иной сдѣлкѣ, или по узаконенной довѣренности, какъ зависящее отъ актовъ условныхъ, не можетъ быть превращаемо черезъ давность въ право единственной или исключительной сего владѣльца собственности. Но если соучастникъ, владѣвшій имѣніемъ, хотя бы то было и безъ надлежащаго уполномочія, показывалъ оное предъ присутственными мѣстами собственностью, обще съ другими ему принадлежащею, или выплачивалъ соучастникамъ ежегодно доходы, а впослѣдствіи то же самое имѣніе началъ показывать исключительною своею собственностью, въ томъ случаѣ давность считается для отсутствующихъ соучастниковъ со дня, въ который общее имѣніе показано единственною собственностью владѣющаго или въ который сдѣлана послѣдняя уплата доходовъ, смотря по тому, что было позднѣе (т. X ч. 1 ст. 1242 пп. 2 и 3).

Несомнѣнно, что доказать характеръ владѣнія долженъ тотъ, кто ссылается на давность. Такъ какъ владѣніе, для превращенія его въ собственность, должно быть въ видѣ собственности, то всѣ тѣ лица, которымъ преграждена закономъ возможность пріобрѣтенія права собственности въ извѣстныхъ мѣстностяхъ, не могутъ изъ владѣльцевъ превратиться въ собственниковъ.

2. Владѣніе должно быть въ теченіе всего давностнаго срока *безспорное*, т.-е. на него не должны быть предъявлены притязанія постороннихъ лицъ,—въ данномъ случаѣ собственника, а не какихъ нибудь иныхъ лицъ. Но притязанія собственника тогда только дѣлаютъ владѣніе спорнымъ, когда подано въ судъ исковое прошеніе (т. X ч. 1 стт. 558 и 559). Слѣдовательно, предъявленіе жалобы не въ судъ, а въ другое мѣсто, напр., полицію, давности не прерываетъ. Впрочемъ, если административному учрежденію закономъ предоставлено разрѣшеніе спорныхъ гражданскихъ правоотношеній, то жалоба, поданная въ такое учрежденіе, будетъ отвѣчать ст. 558 т. X ч. 1. Такой взглядъ высказанъ нашею практикою по поводу крестьянскихъ мировыхъ установленій (кас. рѣш. 1903, № 138). Исковое прошеніе только тогда дѣлаетъ владѣніе спорнымъ, а) если оно не было возвращено просителю по несоблюденію законныхъ условій (уст. гражд. суд. ст. 266); b) если не было прекращено по нему производство (уст. гражд. суд. стт. 689 и 735); c) если не состоялось судебное рѣшеніе, которымъ въ искѣ собственника къ владѣльцу отказано. Безспорность владѣнія нарушается только искомъ о правѣ собственности, предъявленнымъ къ владѣльцу, а всякія иныя притязанія, какъ, напр., о признаніи залогового права, сервитута, права участія, способны только подвердить юридическое владѣніе отвѣтчика. Невѣрно утвержденіе нашей практики, будто безспорность нарушается не только искомъ собственника къ владѣльцу, но и, наоборотъ, искомъ владѣльца къ собственнику (кас. рѣш. 1882, № 25). Такой искъ можетъ нарушить, и то при извѣстныхъ условіяхъ, непрерывность владѣнія, но не безспорность.

Доказывать безспорность, какъ отрицательный фактъ, не обязанъ ссылающійся на давность—опровергнуть ее, указать время и мѣсто предъявленныхъ притязаній слѣдуетъ лицу, не признающему пріобрѣтенія права собственности по давности.

3. Отъ давностнаго владѣнія требуется, чтобы оно было *не-*

прерывное, т.-е. не прекращалось ни на одинъ моментъ въ теченіе всего срока, чтобы оно было безъ пробѣловъ. Владѣніе прерывается или a) тѣмъ, что владѣлецъ оставляетъ намѣреніе присвоенія, или b) тѣмъ, что онъ лишается возможности господства надъ вещью. Оставленіе владѣльцемъ намѣренія выражается въ томъ, что онъ бросаетъ вещь на произволъ или придаетъ своему господству иной характеръ, напр., признаетъ право собственника и начинаетъ держать вещь съ согласія послѣдняго. Лишеніе возможности господствовать можетъ произойти по волѣ другихъ лицъ, которыя становятся на его мѣсто, все равно, будетъ ли то самъ собственникъ или постороннее лицо. Такое нарушеніе владѣнія, если оно устранено удовлетвореннымъ со стороны мирового судьи искомъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія, не прерываетъ давностнаго владѣнія (кас. рѣш. 1878, № 113). Нарушеніе владѣнія должно быть такимъ, чтобы подорвать представленіе о юридическомъ владѣніи того лица, въ чьей власти вещь находится. Юридическія сдѣлки, совершаемыя собственникомъ въ отношеніи вещи, которая находится во владѣніи другого, непрерывности не разрушаютъ. Поэтому слѣдуетъ признать неправильнымъ рѣшеніе Сената, который призналъ, что залогъ собственникомъ имѣнія, находившагося во владѣніи другого лица, ранѣе истеченія десятилѣтняго срока, прерываетъ владѣніе, хотя владѣлецъ и не подозрѣвалъ о произведенномъ актѣ распоряженія со стороны собственника (кас. рѣш. 1906, № 42).

То же значеніе имѣетъ и требованіе спокойности владѣнія; по крайней мѣрѣ всѣ попытки дать этому признаку особый смыслъ оказались тщетными. Сопоставляя стт. 533 и 557 т. X ч. 1, мы замѣчаемъ въ послѣдней отсутствіе признака непрерывности, указаннаго въ первой. Это можетъ быть объяснено только равнозначностью этихъ двухъ признаковъ—непрерывности и спокойствія.

4. Владѣніе, чтобы превратиться въ право собственности, должно продолжаться *въ теченіе десяти лѣтъ*. Однако, нѣтъ никакой необходимости, чтобы то лицо, которое ссылается на давность, само лично провладѣло 10 лѣтъ: оно можетъ присоединить къ своему владѣнію все то время, въ теченіе котораго владѣлъ тою же вещью тотъ, чьимъ правопреемникомъ онъ является. Для этого должна быть связь между владѣніемъ обоихъ лицъ. Такая связь основывается прежде всего на общемъ преемствѣ; наслѣдники по закону или по завѣщанію,

вступая во всѣ права наслѣдодателя, продолжаютъ и его владѣніе, а потому пользуются тѣмъ временемъ, въ теченіе котораго онъ владѣлъ. Такъ, если владѣніе, продолжавшееся 8 лѣтъ, прервалось смертью владѣльца, то наслѣдникамъ его остается провладѣть только 2 года, чтобы пріобрѣсти право собственности. То же самое слѣдуетъ сказать и о частномъ преемствѣ: продавая вещь, которая состояла во владѣніи продавца, послѣдній, очевидно, передалъ покупщику не право собственности, котораго онъ не имѣлъ, а владѣніе. Частный преемникъ продолжаетъ осуществлять переданное право, а слѣдовательно, пользуется и временемъ владѣнія, которое прошло уже до перехода къ нему вещи. Но такое сложеніе сроковъ недопустимо, когда между предшествующимъ и послѣдующимъ владѣніемъ нѣтъ преемственной связи, напр., при покупкѣ имѣнія съ публичнаго торга (касс. рѣш. 1891, № 68) или, напр., въ случаѣ насильственнаго вытѣсненія однимъ владѣльцемъ другого.

Изъ сказаннаго обнаруживается, что пріобрѣтеніе права собственности по давности владѣнія имѣетъ самостоятельный характеръ. Право собственности устанавливается потому, что его пріобрѣлъ владѣлецъ по давности, а не потому, что его утратилъ собственникъ. Отсюда слѣдуетъ, что собственникъ, оставившій владѣніе, не теряетъ, однако, права собственности, несмотря на свое безучастіе, продолжающееся свыше десяти лѣтъ, пока кто-нибудь не пріобрѣтетъ права собственности десятилѣтнимъ владѣніемъ (кас. рѣш. 1910, № 68). Напр., собственникъ не принималъ никакихъ мѣръ къ защитѣ своего права въ теченіе 9 лѣтъ съ того времени, какъ землею его завладѣло другое лицо. Но это послѣднее само оставило владѣніе землею, которую черезъ годъ заняло новое лицо. Если новое владѣніе продолжается лѣтъ шесть, то новый владѣлецъ не можетъ отражать иска собственника заявленіемъ, что собственникъ не владѣлъ землею 16 лѣтъ, такъ какъ ему нужно доказать только одно: что самъ онъ провладѣлъ 10 лѣтъ. Отсюда можно видѣть, какъ невѣрна точка зрѣнія Сената, будто по силѣ давности право собственности пріобрѣтается постороннимъ лицомъ «вслѣдствіе упущенія прежняго собственника, не осуществившаго или не защищавшаго свое право въ теченіе 10 лѣтъ» (кас. рѣш. 1906, № 38), будто «владѣніе по давности превращается въ собственность не тогда, когда владѣлецъ выполнитъ всѣ условія, отъ него зависящія, но тогда лишь, когда документальный собственникъ въ теченіе давностнаго

срока не проявитъ своихъ самостоятельныхъ распорядительныхъ дѣйствій по имѣнію, и, тѣмъ самымъ, не выразитъ того безмолвнаго съ его стороны отреченія (!) отъ своей собственности, которое лежитъ въ основаніи самаго понятія объ утратѣ права собственности по давности» (кас. рѣш. 1906, № 42).

Развиваемому взгляду на самостоятельный характеръ пріобрѣтенія права собственности по давностному владѣнію не противорѣчитъ и то, что теченіе давности пріостанавливается на все время несовершеннолѣтія собственника (т. X ч. 1 ст. 694, прил. ст. 1, п. 1). Такъ, напр., на десятый годъ владѣнія умираетъ собственникъ, послѣ котораго наслѣдникомъ оказывается малолѣтній. Въ данномъ случаѣ по истеченіи 10 лѣтъ владѣніе не превратится въ право собственности, но не потому, что собственникъ сохраняетъ право иска, а потому, что силою закона теченіе срока давности владѣнія пріостанавливается впредь до достиженія собственникомъ совершеннолѣтія. Въ противоположность такому удлиненію давностнаго срока владѣнія, въ другомъ случаѣ законъ допускаетъ его сокращеніе, а именно въ случаѣ спора о животныхъ право собственности на приплодъ пріобрѣтается владѣльцемъ самки по истеченіи годового владѣнія (т. X ч. 1 ст. 431).

5. Для пріобрѣтенія права собственности по давности необходимо, чтобы *вещь способна* была сдѣлаться объектомъ давностнаго пріобрѣтенія. Такъ какъ объектомъ права собственности могутъ быть только вещи, въ смыслѣ частей матеріальнаго міра, то пріобрѣтеніе по давностному владѣнію возможно только въ отношеніи вещей, но не правъ, въ родѣ, напр., права прохода или проѣзда. Изъ вещей возможность пріобрѣтенія права собственности по давностному владѣнію исключается относительно всѣхъ тѣхъ, которыя находятся въ общемъ пользованіи, которыя не состоятъ въ частной собственности, а также внѣоборотныхъ, которыя не могутъ состоять въ частной собственности. Такъ, практикою признано, что городскіе бечевники и набережныя ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть пріобрѣтены частными лицами въ собственность по давности владѣнія (кас. рѣш. 1888, № 43). Городскія площади, улицы и переулки, состоя въ общемъ пользованіи, не могутъ быть предметомъ частной собственности и, слѣдовательно, частное лицо или учрежденіе не можетъ пріобрѣсти на эти пути сообщенія права собственности и по давности (кас. рѣш. 1892, № 25). Но это положеніе не рас-

пространяется на всѣ вообще недвижимости, принадлежащія городу на правѣ частной собственности, напр., на городскія выгонныя земли, которыя, по мнѣнію нашей практики, могутъ быть предметомъ давностнаго владѣнія (кас. рѣш. 1902, № 106). Вещи, принадлежащія государству на правѣ частной собственности, также могутъ быть предметомъ права собственности, пріобрѣтеннаго по давности владѣнія.

Кромѣ того, въ нашемъ законодательствѣ указываются вещи, на которыя по закону сила давности не распространяется и, слѣдовательно, владѣніе ими, какъ бы долго ни продолжалось, никогда не превратиться въ право собственности.

a. Межи генеральнаго межеванія не могутъ быть уничтожены давностью владѣнія (т. X ч. 1 ст. 563). Смыслъ этого неяснаго постановленія, кажется, тотъ, что силою давности не могутъ измѣняться или перемѣщаться собственно межи генеральнаго межеванія. Статью не слѣдуетъ толковать въ томъ смыслѣ, будто генерально-обмежеванныя дачи какъ въ цѣломъ ихъ составѣ, такъ и частяхъ, не подлежатъ дѣйствію давности (кас. рѣш. 1885, № 81).

b. Имущества, обращенныя въ заповѣдныя, не подлежатъ дѣйствію земской давности, въ случаѣ неправильнаго ими, или же частью ихъ, завладѣнія (т. X ч. 1 ст. 564). Исключеніе, установленное для заповѣдныхъ имѣній, не можетъ быть распространено по аналогіи на имѣнія, жалуемыя въ западныхъ губерніяхъ подъ именемъ маіоратовъ, для которыхъ законъ не сдѣлалъ изъятія отъ дѣйствія общей земской давности. Напротивъ, Васьковскій и Анненковъ, исходя изъ тождественности основаній неотчуждаемости того и другого вида имѣній, признаютъ маіоратныя имѣнія также неспособными стать предметомъ завладѣнія.

c. По закону 27 мая 1900 года, къ числу вещей, изъятыхъ отъ дѣйствія давности, отнесены дворцовыя имѣнія, именуемыя государственными, которыя ни въ цѣломъ, ни въ части не подлежатъ дѣйствію земской давности (т. X ч. 1 ст. 562 [1]).

d. Крупное изъятіе изъ дѣйствія закона о давностномъ владѣніи внесъ законъ 29 мая 1911 года о землеустройствѣ. Установленныя вновь и возобновленныя въ порядкѣ положенія о землеустройствѣ границы не могутъ быть оспариваемы по давности владѣнія. Завладѣніе прилегающими къ означеннымъ границамъ землями со стороны сосѣдняго владѣльца, по смежности съ которымъ установлена или возобновлена такая гра-

ница, не можетъ служить основаніемъ къ укрѣпленію за нимъ права собственности на эти земли по давности. Равнымъ образомъ собственникъ земли, подвергшійся такому завладѣнію, не лишается права на ея отысканіе за пропускомъ давностнаго срока (ст. 63). Если принять во вниманіе, что положеніе о землеустройствѣ распространяется не только на крестьянское, но и на иное частное землевладѣніе (ст. 2), то значеніе разсматриваемаго изъятія представится весьма значительнымъ и чреватымъ послѣдствіями съ точки зрѣнія той цѣли, какую имѣетъ въ виду институтъ давности, и той неопредѣленности отношеній, какая современемъ создастся вслѣдствіе устраненія давности.

Наша практика одно время нѣсколько расширяла кругъ предметовъ, изъятыхъ отъ дѣйствія давности. Въ рѣшеніи 1893, № 2, Сенатъ призналъ, что на основаніи буквальнаго смысла ст. 446 т. IX Св. Зак. и историческихъ источниковъ ея, дѣйствію давности не подлежатъ церковныя земли. Въ виду, однако, сильнаго протеста, какимъ было встрѣчено это рѣшеніе въ нашей литературѣ, и практическихъ затрудненій, созданныхъ рѣшеніемъ, Сенатъ вновь пересмотрѣлъ вопросъ и отказался отъ своего взгляда (кас. рѣш. 1902, № 2).

На основаніи тѣхъ же историческихъ соображеній Сенатъ пришелъ (1894, № 54) къ заключенію, что юртовыя и войсковыя земли области войска Донского, составляя собственность станичнаго общества, никогда не могутъ быть пріобрѣтаемы въ собственность ни самими казаками, ни инородными пріобрѣтателями по давности владѣнія. Однако, и въ этомъ случаѣ Сенатъ вынужденъ былъ отступить отъ высказаннаго взгляда и признать, что казачьи земли могутъ быть пріобрѣтаемы въ собственность по давностному владѣнію (рѣш. Общ. Собр. 1907, № 12).

Существуетъ мнѣніе (Анненковъ), что къ числу вещей, неспособныхъ быть пріобрѣтенными въ собственность по давностному владѣнію слѣдуетъ причислить полосу земли, отведенную подъ желѣзную дорогу. Этотъ взглядъ раздѣляется и Сенатомъ (кас. рѣш. 1904, № 100). Въ подтвержденіе его правильности приводятъ слѣдующія соображенія. а) Желѣзныя дороги, какъ вещи общаго пользованія, изъяты изъ оборота. Это соображеніе совершенно несостоятельно. Въ противоположность дорогамъ, которыя открыты всѣмъ и каждому, желѣзныя дороги закрыты для всѣхъ, кромѣ желѣзно-дорожнаго

общества, которое перевозитъ по этому пути пассажировъ и товары за плату, какъ торговое предпріятіе. То обстоятельство, что желѣзная дорога обязана принимать грузъ и людей къ перевозкѣ, нисколько не измѣняетъ дѣла, такъ какъ это только принципъ принудительной эксплоатаціи, установленный и для другихъ предпріятій, напр., для товарныхъ складовъ. b) Желѣзныя дороги, какъ вещи нераздѣльныя, не допускаютъ давностнаго завладѣнія въ какой-либо своей части. Если принять такое послѣдствіе нераздѣльности, то мы должны бы придти къ заключенію о невозможности пріобрѣсти по давностному владѣнію сажени мѣста, принадлежащаго фабрикѣ, а, съ точки зрѣнія Сената, даже дому въ городѣ. Выводъ явно несообразный.

Таковы условія, выставляемыя нашимъ законодательствомъ для пріобрѣтенія права собственности по давности владѣнія. Ему чужды требованія добросовѣстности со стороны владѣльца и законнаго основанія для владѣнія, которыя требуются западными законодательствами (герм. гражд. улож. § 937 п. 2, швейц. код. § 728). Поэтому, хотя на практикѣ, по свидѣтельству Змирлова, къ суду обращаются съ просьбой о признаніи за ними права собственности по давности почти исключительно лица, которыя пріобрѣли имѣнія по неформальнымъ актамъ, все же, съ точки зрѣнія нашего законодательства, возможенъ такой фактъ, что насильственно отнятая земля—можетъ быть пріобрѣтена въ собственность въ силу одной только давности. Впрочемъ, такой результатъ возможенъ и по французскому законодательству, только не въ силу обыкновеннаго (10—20 л.), а удлиненнаго (30 л.) срока.

Давностное владѣніе есть первоначальный и самостоятельный способъ пріобрѣтенія владѣльцемъ права собственности независимо отъ правъ собственника на вещь. Поэтому слѣдуетъ признать неправильнымъ взглядъ Сената, будто имѣніе, пріобрѣтенное по давностному владѣнію лицомъ, которое имѣло бы право пріобрѣсти его по законному наслѣдованію, получаетъ у пріобрѣтателя родовой характеръ (кас. рѣш. 1906, № 38).

Порядокъ укрѣпленія правъ собственности на недвижимости, пріобрѣтенныя давностью владѣнія, выработанъ практикою самостоятельно, помимо закона, который обходитъ этотъ вопросъ полнымъ молчаніемъ. Владѣльцы недвижимостей, пріобрѣвшіе право собственности по давности владѣнія, могутъ обращаться въ окружные суды по мѣсту нахожденія недвижимости, въ

порядкѣ охранительнаго судопроизводства, съ ходатайствами о выдачѣ имъ свидѣтельства на владѣемыя имѣнія. Удостовѣрившись въ томъ, что проситель пріобрѣлъ по давности право на состоящую въ его владѣніи недвижимость, окружный судъ постановляетъ опредѣленіе о выдачѣ просителю свидѣтельства на владѣемое имъ имѣніе и о размѣрѣ крѣпостныхъ пошлинъ, которыя должны быть внесены просителемъ. На основаніи этого опредѣленія, владѣлецъ, по взносѣ крѣпостныхъ пошлинъ, получаетъ крѣпостное свидѣтельство примѣнительно къ порядку, установленному для выдачи данныхъ на недвижимости, продаваемыя съ публичнаго торга, и представляетъ его старшему нотаріусу для отмѣтки въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Послѣ этого владѣлецъ можетъ просить о вводѣ его во владѣніе (кас. рѣш. 1872, № 792). Чтобы обезпечить правильность укрѣпленія, и устранить чрезмѣрную легкость пріобрѣтенія права на давностномъ основаніи, Сенатъ въ 1901 году предложилъ судебнымъ мѣстамъ слѣдующія указанія: а) для удостовѣренія тождественности имѣнія, о которомъ даютъ показанія свидѣтели и окольные люди, съ имѣніемъ, о которомъ производится дѣло,—производить допросъ этихъ лицъ въ мѣстѣ нахожденія имѣнія; b) для установленія точныхъ границъ имѣнія—производить осмотры, при помощи землемѣра, — съ составленіемъ плана; с) для обезпеченія гласности и охраненія интереса третьихъ лицъ, — допускать къ осмотру и допросу всѣхъ заинтересованныхъ лицъ и принимать отъ нихъ заявленія (указъ 1901, № 46).

IV. Овладѣніе. Первоначальнымъ способомъ пріобрѣтенія собственности, благодаря обширности никѣмъ незанятыхъ пространствъ является овладѣніе. Сначала оно происходитъ въ предѣлахъ мѣстности, занимаемой народомъ, потомъ переносится за границы государства и составляетъ у насъ историческій способъ расширенія государственной территоріи на югъ и востокъ. Овладѣнію благопріятствовала неопредѣленность границъ частныхъ владѣній и государственной территоріи. Первое препятствіе къ примѣненію овладѣнія недвижимости оказали писцовыя книги, составленныя съ конца XVI до конца XVII столѣтій, которыя представили болѣе или менѣе точное хозяйственное описаніе частныхъ имѣній, пашней, лѣсовъ, луговъ, выгоновъ, водъ, угодій. Затѣмъ, въ 1765 году изданъ былъ манифестъ о генеральномъ межеваніи, а въ 1850 году рѣшено было приступить къ спеціальному межеванію. Устано-

вившаяся такимъ путемъ бо́льшая ясность поземельныхъ отношеній, въ сопоставленіи съ положеніемъ закона, что всѣ имущества, не принадлежащія никому въ особенности, принадлежатъ къ составу имуществъ государственныхъ (т. X ч. 1 ст. 406)—преграждаетъ возможность овладѣнія, какъ способа пріобрѣтенія недвижимой собственности внутри территоріи русскаго государства.

Въ настоящее время овладѣніе, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности, возможно только относительно движимыхъ вещей, и то въ довольно ограниченномъ объемѣ. Овладѣніемъ или оккупаціей признается такой *способъ пріобрѣтенія права собственности, который состоитъ въ установленіи господства надъ безхозяйною вещью, соединенномъ съ намѣреніемъ присвоенія.* Овладѣніе предполагаетъ два условія. a) существованіе безхозяйныхъ вещей и b) установленіе фактическаго господства надъ вещью. Вещами, не имѣющими собственника, или безхозяйными вещами слѣдуетъ признавать: a) вещи никому не принадлежащія и не принадлежавшія, b) вещи, принадлежавшія кому-то, но покинутыя имъ.

1. Вещи, никому не принадлежавшія,—это главнымъ образомъ дикія животныя и птицы. Подъ именемъ дикихъ понимаются такія животныя, которыя принадлежатъ къ породамъ, обыкновенно не подчиненнымъ господству человѣка. Дикимъ животнымъ и птицамъ противополагаются: a) домашнія, т.-е. по своей природѣ подчиненныя господству человѣка, собака, лошадь, корова, овца; b) плѣненныя, т.-е. дикія, подчиненныя господству человѣка, благодаря искусственнымъ приспособленіямъ, напр., волкъ на цѣпи, орелъ въ клѣткѣ; c) прирученныя, т.-е. дикія по природѣ, но подчиненныя господству человѣка въ отдѣльныхъ случаяхъ безъ особыхъ приспособленій, напр., медвѣдь, леопардъ. Животныя и птицы, подчиненныя господству человѣка, составляютъ предметъ права собственности какого-нибудь лица. Домашнія животныя, удалившіяся отъ стадъ или изъ дворовъ, должны быть возвращаемы законнымъ ихъ владѣльцамъ (т. X ч. I ст. 539 прим. 1). Сюда же должны быть отнесены и рои пчелъ. Плѣненныя животныя составляютъ предметъ частной собственности, пока имъ не удастся освободиться отъ удерживающихъ ихъ приспособленій. Наконецъ, прирученныя животныя могутъ разсматриваться какъ объектъ права собственности, пока не потеряютъ свойства прирученности и не пріобрѣтутъ вновь свойства дикости. Что

касается затѣмъ дикихъ животныхъ, то они должны быть разсматриваемы какъ вещи безхозяйныя, именно потому, что они не могутъ имѣть хозяина, какъ не подчиняющіяся господству. Такова точка зрѣнія иностранныхъ законодательствъ (герм. гражд. улож. § 960, швейц. гражд. код. § 719). У насъ многіе хотѣли бы видѣть прямо противоположное, т.-е. признать, что дикія животныя и птицы составляютъ объектъ права собственности того лица, на участкѣ земли котораго они въ данный моментъ водятся (Аншенковъ). Это положеніе слѣдуетъ будто бы изъ того, что по нашему закону (т. X ч. I ст. 539 прим. 1) дикія животныя, если сами собою, оставивъ гнѣзда и логовища свои въ одномъ мѣстѣ, перейдутъ въ другое и будутъ въ ономъ водиться, не подлежатъ возвращенію къ прежнему собственнику. Конечно, смыслъ закона не тотъ, что дикія животныя, напр., медвѣдь, не должны быть водворяемы на мѣсто жительства при помощи полиціи, но и не тотъ, что пока они не ушли въ другое мѣсто, то признаются принадлежащими собственнику участка, въ предѣлахъ котораго водятся. Не смѣшно ли говорить о правѣ собственности на скрывающуюся въ густомъ лѣсу рысь или на парящаго въ воздухѣ орла? Поэтому, другіе, не отрицая безхозяйности дикихъ животныхъ и птицъ, утверждаютъ, что право собственности на нихъ путемъ овладѣнія можетъ пріобрѣсти только тотъ, кто имѣетъ право охоты въ данномъ мѣстѣ (Васьковскій). Этотъ взглядъ имѣетъ больше основаній въ нашемъ законодательствѣ. Право охоты принадлежитъ собственнику въ предѣлахъ его имѣнія и для охоты на чужой землѣ требуется письменное дозволеніе собственника (т. XII ч. 2 уст. сельск. 332 и 333). Однако, и самъ собственникъ получаетъ право охотиться на своемъ участкѣ не въ силу своего права собственности на землю, а въ силу особаго административнаго разрѣшенія въ формѣ охотничьяго свидѣтельства (ст. 323). Безъ такого разрѣшенія собственнику земельнаго участка запрещена охота, но дозволено истребленіе хищныхъ звѣрей и птицъ, перечисленныхъ въ законѣ (стт. 340 и 341). За охоту безъ установленнаго свидѣтельства виновные подвергаются штрафу отъ 10 до 100 рублей, а оказавшіяся при виновныхъ орудія ловли отбираются (уст. наказ. ст. 56), при чемъ судебная практика не распространяетъ второе послѣдствіе на ружья, которыми стрѣляютъ птицъ или звѣрей (кас. угол. рѣш. 1894, № 12). Какова же судьба добытаго на охотѣ? Законъ постановляетъ, что найденная у виновныхъ дичь немед-

ленно передается собственнику или арендатору охоты, а если неизвѣстно, гдѣ убита дичь, продается или уничтожается по распоряженію полиціи (уст. сельск. хоз. ст. 353). Здѣсь остается открытымъ, что дѣлать съ дичью, убитой самимъ собственникомъ земли? Какое основаніе права на убитую другимъ дичь со стороны того, кого законъ неправильно называетъ арендаторомъ, потому что снимаютъ не участокъ для охоты, а охоту на участкѣ?

Къ числу безхозяйныхъ вещей по нашему закону относятся слѣдующія. а) Рыба въ морѣ и озерахъ, не состоящихъ въ частной собственности (уст. хоз. ст. 486), тогда какъ рыбная ловля въ водахъ запертыхъ, какъ-то въ озерахъ и прудахъ, лежащихъ внутри частныхъ имѣній, составляетъ право собственниковъ послѣднихъ (ст. 491), а рыбная ловля на рѣкахъ судоходныхъ и не судоходныхъ принадлежитъ собственникамъ береговъ, за исключеніемъ тѣхъ мѣстъ, гдѣ ловля рыбы предоставлена по особымъ постановленіямъ кому-либо другому (ст. 490). b) Жемчугъ въ морѣ и озерахъ, не состоящихъ въ частной собственности (уст. сельск. хоз. ст. 1053).

Вещи покинутыя или оставленныя тѣмъ, кому онѣ принадлежали, относятся также къ безхозяйнымъ вещамъ. Оставленіе есть юридическій актъ, односторонняя сдѣлка, въ которой должна явно выразиться воля собственника прекратить владѣніе. Вслѣдствіе этого и открывается возможность для всѣхъ овладѣть этою вещью, при чемъ пріобрѣвшій владѣніе первымъ тѣмъ самымъ отстраняетъ другихъ. На существованіи безхозяйныхъ вещей вслѣдствіе оставленія ихъ собственниками, основывается немаловажный промыселъ тряпичниковъ. Возможность пріобрѣтенія права собственности путемъ овладѣнія открывается и тамъ, гдѣ государство предоставляетъ всѣмъ и каждому завладѣть принадлежавшими ему вещами. Такъ, по закону плоды казенныхъ лѣсовъ составляютъ собственность казны (т. VIII ч. 1 уст. лѣсн. ст. 275). Но лѣсные плоды, какъ грибы, орѣхи, желуди, мохъ, ягоды и т. п., если пользованіе ими не отдано въ оброкъ или не изъято изъ общаго употребленія особеннымъ какимъ-либо запрещеніемъ, состоятъ въ свободномъ пользованіи желающихъ (ст. 277), т.-е. каждому свободно предоставляется овладѣть ими. Относительно метеоритовъ законъ 1898 года исключаетъ свойство безхозяйности признаніемъ ихъ государственною собственностью (т. X ч. 1 ст. 410 и 539).

2. Помимо безхозяйности объекта, для овладѣнія необходимо

еще установленіе фактическаго господства надъ вещью или поступленіе вещи въ дѣйствительное обладаніе частнаго лица (т. X ч. 1 ст. 409 по аналогіи). Установленіе господства надъ дикими животными или птицами выражается въ убійствѣ, а также въ причиненіи такой раны, которая лишаетъ животное возможности избѣгнуть овладѣнія со стороны охотника. При соучастіи нѣсколькихъ охотниковъ вопросъ разрѣшается не на основаніи того, кто первый выстрѣлилъ, хотя бы и попалъ въ звѣря, и не того, кто нанесъ животному смертельный ударъ, а на основаніи того, чей ударъ сдѣлалъ животнаго способнымъ къ овладѣнію. Но общая собственность, которую на случай, когда нѣсколько охотниковъ преслѣдуютъ одного и того же животнаго, устанавливаетъ Анненковъ, здѣсь не при чемъ, если только охота не производилась совмѣстными усиліями.

V. Открытіе клада. Къ способамъ пріобрѣтенія права собственности иностранныя законодательства относятъ открытіе клада. Французское (§ 716 п. 1) и германское (§ 984) право присуждаютъ кладъ въ половинѣ открывшему его, а въ половинѣ — собственнику той вещи, въ которой кладъ былъ скрытъ. Швейцарскій кодексъ признаетъ право собственности на кладъ за тѣмъ, кому принадлежитъ недвижимость или движимость, въ которой скрывался кладъ, а открывшему даетъ право требовать справедливаго вознагражденія не свыше половинной цѣнности (§ 723). Наше законодательство также присвоиваетъ кладъ собственнику земли, но не даетъ открывшему права на какое-либо участіе въ цѣнности.

По опредѣленію нашего закона, *кладъ есть сокрытое въ землѣ сокровище* (т. X ч. 1 ст. 430). Въ этомъ опредѣленіи недостаетъ нѣкоторыхъ признаковъ клада, а иные, приведенные, представляются слишкомъ узкими сравнительно съ другими указаніями закона. Во всякомъ случаѣ открытіе клада близко подходитъ къ овладѣнію, потому что въ томъ и другомъ способѣ предполагается безхозяйность вещи.

a. Кладъ долженъ быть прежде всего сокровищемъ, т.-е. вещью, которая имѣетъ довольно значительную цѣнность. Нахожденіе въ курганѣ костяныхъ стрѣлъ или каменныхъ орудій, при всемъ ихъ научномъ интересѣ, не можетъ считаться открытіемъ клада.

b. Законъ считаетъ кладомъ вещь, скрытую въ землѣ (ср. уст. наказ., ст. 178), но нѣтъ необходимости держаться буквальнаго значенія словъ закона, тѣмъ болѣе, что въ изд. Св.

Зак. 1832 было прибавлено «и строеніяхъ» «или иной чужой собственности». Требуется только, чтобы вещь была скрыта: зарыта въ землю, поставлена въ дупло дерева, заложена въ стѣну зданія, положена на дно рѣки или озера.

c. Сокровище предполагается скрытымъ въ весьма отдаленное время, такъ что не сохранилось лицъ, которыя могли бы доказать принадлежность имъ вещей. Не только нѣтъ видимыхъ указаній на принадлежность вещи какому-либо лицу, но, по всей видимости, собственника вещи вовсе нѣтъ. Квартирантъ во время пожара дома зарываетъ свои драгоцѣнности въ саду и потомъ не можетъ найти мѣста; если вещи, при постройкѣ новаго зданія на мѣстѣ сгорѣвшаго, открываются собственникомъ земли, онѣ все-таки не будутъ ему принадлежать, потому что самый видъ вещей, а также неизгладившееся воспоминаніе о пожарѣ и жившихъ въ домѣ лицахъ устраняютъ мысль о томъ, что у вещи нѣтъ собственника. Какъ только обнаруживается хозяинъ, кладъ превращается въ находку.

d. Безразлично, будетъ ли кладъ открытъ случайно или же намѣренно, напр., при исканіи кладовъ по преданію или же при археологическихъ раскопкахъ.

По взгляду нашего закона, кладъ принадлежитъ собственнику земли и безъ позволенія его не только частными лицами, но и мѣстнымъ начальствомъ отыскиваемъ быть не можетъ (т. X ч. 1 ст. 430). Такое рѣшеніе вопроса основывается на положеніи, что собственникъ земли имѣетъ право на все заключающееся въ ея нѣдрахъ (т. X ч. 1 ст. 424). Но это основаніе оказывается совершенно непригоднымъ въ тѣхъ случаяхъ, когда кладъ скрытъ въ движимой вещи. Таковы случаи, напр., когда читатель чужой старой книги находитъ между склеенными страницами бумажныя деньги, когда старьевщикъ, взявшійся продать подержанную подушку, находитъ въ пуху выигрышные билеты.

Приведенная выше статья исторически основывается на строгомъ выговорѣ, сдѣланномъ Сенатомъ въ 1803 году тверскому губернатору за исканіе клада на землѣ одной помѣщицы вопреки указу 1782 года. Ст. 430 т. X ч. 1 представляетъ собою, какъ видно, неправильный выводъ, такъ какъ запрещеніе частнымъ лицамъ или начальству разыскивать на чужой землѣ клады противъ воли собственника имѣетъ очень мало общаго съ вопросомъ о принадлежности открытаго клада. Относительно владѣльца заповѣднаго имѣнія въ законѣ подтверждено, что

ему принадлежатъ находимые въ заповѣдномъ имѣніи клады, на основаніи общихъ о томъ узаконеній (т. X ч. 1 ст. 486). Въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ, согласно началамъ Литовскаго Статута, когда кладъ отысканъ кѣмъ-либо случайно на чужой землѣ, то изъ найденнаго одна половина отдается тому, на чьей землѣ кладъ отысканъ, а другая—поступаетъ къ отыскавшему кладъ (т. X ч. 1 ст. 430). Въ видѣ особаго правила постановлено, что «лица, представившія подлежащему начальству найденныя старыя монеты или другія древности, получаютъ всю настоящую цѣну золота, серебра или иного вещества, изъ коего онѣ сдѣланы» (т. X ч. 1 ст. 539[1]). По-видимому, законодатель желалъ бы отнести это правило къ находкѣ, но здѣсь всѣ признаки клада, а не находки. Несомнѣнно также, что эти вещи были добыты въ землѣ, принадлежащей казнѣ или частнымъ лицамъ, и поэтому собственникамъ земли должно бы принадлежать право на полученіе цѣнности. Но законъ отступаетъ отъ своего взгляда на послѣдствія открытія клада, и связываетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ съ открытіемъ клада вопросъ о пріобрѣтеніи на него права собственности.

VI. Находка. По опредѣленію русскаго законодательства, *находкою называется обрѣтеніе вещей и другихъ движимыхъ имуществъ, которыхъ владѣлецъ неизвѣстенъ* (т. X ч. 1 ст. 538). Отличіе находки отъ клада состоитъ въ слѣдующемъ. a) Кладъ есть вещь скрытая, все равно намѣренно человѣкомъ или временемъ, благодаря которому лежавшій на поверхности земли предметъ оказался на глубинѣ, тогда какъ находка есть вещь потерянная. b) Кладъ есть вещь такъ долго остававшаяся въ скрытомъ состояніи, что предположеніе о собственникѣ ея совершенно устраняется, тогда какъ находка внушаетъ предположеніе, что собственникъ вещи существуетъ, но только утратилъ владѣніе. Находка влечетъ за собою двоякое послѣдствіе. Если собственникъ найденной вещи не обнаружится въ теченіе установленнаго закономъ времени, то право собственности на нее пріобрѣтаетъ лицо нашедшее (вещное послѣдствіе). Если же собственникъ найденной вещи своевременно объявится, то лицо нашедшее сохраняетъ лишь право требовать вознагражденія въ размѣрѣ третьей части стоимости вещи (обязательственное послѣдствіе).

Возникаетъ вопросъ, какое основаніе пріобрѣтенія найденной вещи въ собственность, если не открывается ея собственникъ? Такимъ основаніемъ можно было бы признать овладѣніе вещью,

у которой нѣтъ собственника, потому что, не явившись въ срокъ съ доказательствами своего права собственности, собственникъ внушаетъ предположеніе о своемъ отреченіи. Однако, нельзя не замѣтить, что въ моментъ, когда происходитъ «обрѣтеніе» вещи, нашедшій не проявляетъ непремѣнно намѣренія присвоить ее себѣ, и такъ какъ добросовѣстность предполагается, то не должно существовать даже и предположенія о томъ. Безъ этого элемента отношеніе нашедшаго къ найденной вещи не можетъ быть признано владѣніемъ, а представляетъ собою только держаніе. Эту, мысль, повидимому, и выражаетъ законъ (т. X ч. 1 ст. 537), говоря, что «пользованіе движимымъ имуществомъ составляетъ особенное право, когда оно достанется кому-либо находкою». Признавая право собственности за нашедшимъ вещь, собственникъ которой своевременно не объявился, законъ превращаетъ держаніе въ право собственности, подобно тому, какъ при давностномъ владѣніи онъ превращаетъ владѣніе въ такое же право.

Не менѣе труднымъ съ юридической точки представляется обоснованіе права на вознагражденіе, которое предоставляетъ законъ лицу, нашедшему чужую вещь. То обстоятельство, что вещь была потеряна собственникомъ, т.-е. утрачено владѣніе, не устраняетъ права собственности, а потому гдѣ бы и у кого бы онъ ее ни нашелъ, онъ всюду имѣетъ право взять ее безъ всякаго вознагражденія.

Вознагражденіе не есть возмѣщеніе сдѣланныхъ по сохраненію вещи издержекъ, потому что, во-первыхъ, убытки должны быть доказаны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, а между тѣмъ въ большинствѣ случаевъ находки ихъ вовсе не бываетъ (поднятіе бумажника на улицѣ), и, во-вторыхъ, потому, что законъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ указываетъ особо на возмѣщеніе издержекъ совмѣстно съ вознагражденіемъ.

Совершенно несостоятельно предположеніе, будто награда за находку составляетъ взысканіе съ хозяина за небрежность въ храненіи своей вещи. Въ силу чего нашедшій призванъ наказывать потерявшаго? Можетъ ли быть вообще вложена современному законодательству идея кары собственника за нехозяйственное обращеніе съ принадлежащею ему вещью?

Нельзя считать вознагражденіе наградою за трудъ, такъ какъ чаще всего находка не соединяется съ какимъ-либо трудомъ. Между тѣмъ нашъ Сенатъ сталъ именно на эту точку зрѣнія. Основываясь на воинскомъ артикулѣ 1716 г., въ которомъ

сказано: «ежели кто что найдетъ и оное по должности объявитъ и отдастъ, оному надлежитъ за трудъ дать тринкгельдъ (или на пропой), дабы съ третьею долею найденнаго равно могло быть цѣною», Сенатъ выводитъ и для настоящаго времени, что награда дается нашедшему не за то, что онъ не покусился на преступленіе, а за труды при находкѣ, объявленіи и отдачѣ найденной вещи (кас. рѣш. 1890, № 99). Во-первыхъ, поднять вещь, отдать ее, въ обычномъ представленіи не вяжется съ понятіемъ о трудовой дѣятельности; трудъ можно бы видѣть въ объявленіи, но самъ Сенатъ, въ томъ же рѣшеніи, не призналъ объявленіе существеннымъ условіемъ пріобрѣтенія права на вознагражденіе за находку. Во-вторыхъ, стать на эту точку зрѣнія даже опасно—придется въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшать, былъ ли приложенъ трудъ нашедшимъ, и въ случаѣ отрицательнаго отвѣта необходимо отказать нашедшему въ вознагражденіи.

Остается признать, что законъ вознаграждаетъ добросовѣстность лица нашедшаго—за то, что оно не утаило вещь, и побуждаетъ его къ возвращенію собственнику обѣщаніемъ частичной имущественной выгоды. Такъ, очевидно, и думаетъ законодатель, обѣщая треть цѣнности нашедшему «въ награду», а не въ вознагражденіе, или въ возмѣщеніе. Въ своемъ родѣ премія за добродѣтель! Вознагражденіе за находку чуждо совершенно французскому законодательству; германское уложеніе свело его къ самому незначительному размѣру, а именно къ 5% цѣнности найденной вещи, если эта цѣнность не ниже 300 марокъ, и къ 1% съ дальнѣйшей суммы (§ 971); по швейцарскому кодексу нашедшій можетъ разсчитывать только на справедливую награду (gratification équitable, § 722).

Условія пріобрѣтенія права собственности на найденную вещь, или вознагражденія состоятъ по русскому законодательству въ слѣдующемъ.

а. По нашимъ гражданскимъ законамъ, требуется *неизвѣстность собственника* найденной вещи. Текстъ закона совершенно категоричнъ, и потому въ существенности этого признака, съ точки зрѣнія русскаго права, не можетъ быть сомнѣнія. Этого взгляда послѣдовательно держится Сенатъ (кас. рѣш. 1869, № 73, 1911 г., № 19). Но существуетъ другое мнѣніе, поддерживаемое многими юристами (Суворовъ, Змирловъ, Анненковъ), которое отрицаетъ необходимость этого признака для находки. Каковы же доводы въ пользу этого положенія? α) Ни

въ теоріи, ни въ западныхъ законодательствахъ неизвѣстности хозяина найденной вещи не придается значенія существеннаго признака. Это, конечно, вѣрно (герм. гражд. улож. § 965, швейц. гражд. код. § 720), но такое соображеніе важно при обсужденіи будущаго законодательства, а не при толкованіи дѣйствующаго. β) Гражданскій законъ, выраженный въ ст. 538 т. X ч. 1, стоитъ въ противорѣчіи съ уголовнымъ закономъ (улож. наказ. ст. 178), съ точки зрѣнія котораго наказуемой признается находка и въ томъ случаѣ, когда хозяинъ найденной вещи былъ извѣстенъ нашедшему. Но почему мы должны отдать преимущество уголовному закону при опредѣленіи гражданскихъ послѣдствій находки? γ) Текстъ ст. 538 т. X ч. 1 противорѣчитъ источникамъ, на которыхъ статья построена. Этотъ доводъ былъ бы самымъ сильнымъ, если бы было доказано, что источники дѣйствительно признавали находку и при извѣстности хозяина, а также если бы было принято, что Сводъ Законовъ, въ первомъ своемъ изданіи, не имѣлъ силы закона. При недоказанности того и другого, падаетъ и послѣдній доводъ.

Что же слѣдуетъ понимать подъ неизвѣстностью собственника? Неизвѣстности нѣтъ, если нашедшій знаетъ, кому принадлежитъ вещь, или можетъ по условіямъ опредѣлить личность собственника, напр., если онъ видѣлъ, какъ были обронены часы (кас. рѣш. 1876, № 65), если въ бумажникѣ были визитныя карточки съ адресомъ, если найдены именныя цѣнныя бумаги (кас. рѣш. 1869, № 73). Хозяинъ гостиницы не пріобрѣтаетъ права на находку въ отношеніи вещей, обнаруженныхъ при уборкѣ номера послѣ отъѣзда жильца, потому что ему извѣстно, кто здѣсь останавливался. Неизвѣстность собственника для нашедшаго должна существовать только въ моментъ нахожденія. Поэтому, если впослѣдствіи, по газетной публикаціи со стороны потерявшаго, нашедшій узнаетъ имя собственника,—онъ не утратитъ права на вознагражденіе. Не утрачивается это право и въ томъ случаѣ, когда въ числѣ найденныхъ вещей имѣлась запертая шкатулка съ документами, такъ какъ нашедшій не только не обязанъ, но и не въ правѣ взламывать чужіе ящики (кас. рѣш. 1911, № 19).

b. Предметомъ находки могутъ быть *вещи* въ смыслѣ физическомъ. Наравнѣ съ ними находятся бумаги на предъявителя, потому что въ нихъ право связано неразрывно съ вещью и имя собственника неизвѣстно. Напротивъ, именныя бумаги

не могутъ послужить основаніемъ къ пріобрѣтенію собственности или къ вознагражденію. Не только неодушевленные, но и одушевленные предметы могутъ составить предметъ находки. Законъ, противополагая «движимыя имущества» вещамъ, по всей вѣроятности, имѣлъ въ виду домашнихъ животныхъ, напр., собакъ (т. X ч. 1 ст. 539 прим.). Господствующее мнѣніе, наоборотъ, утверждаетъ, что объектомъ находки могутъ быть только предметы неодушевленные. Конечно, найденная вещь должна имѣть мѣновую цѣнность, иначе не можетъ быть рѣчи о вознагражденіи въ третьей части цѣны, напр., когда найдены дипломъ, метрическое свидѣтельство, дѣловая переписка.

с. Находка можетъ имѣть мѣсто только тамъ, гдѣ есть *потерянная* вещь, т.-е. вещь, въ отношеніи которой собственникъ утратилъ возможность фактическаго господства. Наравнѣ съ потерянными вещами стоятъ упавшія въ воду (т. X ч. 1 ст. 539 прим. 1), забытыя (т. II общ. учр. губ. ст. 792), даже украденныя у собственника, но потерянныя воромъ. Законъ не даетъ никакихъ основаній для того, чтобы сдѣлать исключеніе въ пользу вещей краденыхъ: возвращеніе ихъ собственнику не устраняетъ обязанности вознагражденія. Однако, Сенатъ держится противоположнаго взгляда. По его мнѣнію, нѣтъ находки въ обрѣтеніи вещи, украденной у хозяина, но брошенной воромъ и затѣмъ случайно найденной третьимъ лицомъ (кас. рѣш. 1877, № 29). Нѣтъ потери въ томъ случаѣ, когда собственникъ намѣренно оставляетъ вещь въ извѣстномъ мѣстѣ, гдѣ другое лицо видитъ ее безъ хозяина, напр., когда, вынеся чемоданъ изъ дома, собственникъ ставитъ его на тротуарѣ, и отправляется искать извозчика, или когда поднимающійся по лѣстницѣ находитъ на ней положенную на стулѣ шубу, хотя бы эта лѣстница служила цѣлому ряду квартиръ. Вещь не считается потерянною, хотя собственникъ и не можетъ найти ее, если она находится въ его домѣ (кас. рѣш. 1883, № 83). Но потеря въ театрѣ, на пароходѣ, въ вагонѣ открываетъ возможность находки, хотя Сенатъ (кас. рѣш. 1897, № 16) отвергъ находку въ вагонѣ. Сенатъ основываетъ свой взглядъ на томъ, что въ вагонахъ установленъ надзоръ со стороны желѣзнодорожныхъ служащихъ и что собственникъ можетъ надѣяться еще отыскать потерянную въ вагонѣ вещь. По противъ этого взгляда говоритъ признаніе со стороны закона находки на кораблѣ: «кто найдетъ потерянную вещь на кораблѣ во время морского путешествія, тотъ долженъ объявить оную

офицеру и положить у мачты» (т. X ч. 1 ст. 539 прим. 3). Безразлично, кто потерялъ вещь, самъ ли собственникъ или кто-нибудь другой. Напр., горничная везла на извозчикѣ браслетъ своей барыни къ ювелиру для починки и по дорогѣ выронила его.

d. Нашедшій чужую вещь долженъ *объявить о томъ полиціи* (т. X ч. 1 ст. 538), но не отдавать ей непремѣнно свою находку. Необъявленіе полиціи въ теченіе 3 недѣль о найденныхъ, неизвѣстно кому принадлежащихъ, деньгахъ или вещахъ 1) лишаетъ возможности пріобрѣтенія права собственности, такъ какъ отъ объявленія стоитъ въ зависимости публикація, а отъ публикаціи—пріобрѣтеніе права собственности, а также 2) лишаетъ права на вознагражденіе, если у нашедшаго открыты будутъ найденныя вещи и собственникъ ихъ объявится, наконецъ 3) подвергаетъ уголовному наказанію за утайку находки (уст. наказ. ст. 179). Проводя ранѣе (кас. рѣш. 1870, № 798) взглядъ, что объявленіе полиціи составляетъ необходимое условіе для полученія вознагражденія, Сенатъ позднѣе (кас. рѣш. 1890, № 99) отступилъ отъ этого взгляда и призналъ, что явка въ полицію и публикація указаны въ законѣ лишь какъ средства къ обнаруженію хозяина потерянной вещи нашедшимъ ее, но средства эти не могутъ быть признаны единственными, что поэтому право на награду не зависитъ отъ соблюденія формальностей. Однако, въ такой безусловно выраженной формѣ съ мнѣніемъ Сената согласиться нельзя. Законъ не можетъ брать на себя задачу учить, какъ надо искать хозяина найденной вещи. Законъ установляетъ 3-недѣльный срокъ: до истеченія его нашедшему предоставляется изыскивать какія угодно средства для отысканія собственника, но по истеченіи этого срока онъ становится виновнымъ въ утайкѣ, а слѣдствіемъ такого преступнаго дѣйствія должно быть отпаденіе всякихъ гражданскихъ послѣдствій въ его пользу.

e. Объявленіе полиціи имѣетъ своимъ послѣдствіемъ троекратную *публикацію* въ мѣстныхъ губернскихъ вѣдомостяхъ (т. X ч. 1 ст. 539). Если настоящій хозяинъ явится съ полнымъ и достовѣрнымъ доказательствомъ о принадлежности ему найденной вещи, то она должна быть ему возвращена, нашедшій же потерянную вещь получаетъ въ награду третью часть цѣны ея. Такъ какъ законъ не указываетъ, чтобы выдача вещи собственнику обусловливалась предварительнымъ вознагражде-

ніемъ нашедшаго, и не устанавливаетъ преимущественнаго обезпеченія права нашедшаго изъ цѣнности найденной вещи, то, очевидно, найденная вещь, гдѣ бы она ни находилась, въ полиціи или у нашедшаго, должна быть возвращена собственнику по его требованію, а нашедшій имѣетъ только личный искъ къ собственнику. Если же по публикаціи собственникъ не объявится, то находка обращается въ предметъ права собственности для нашедшаго (т. X ч. 1 стт. 538 и 539). Къ сожалѣнію, законъ нашъ не устанавливаетъ срока, въ теченіе котораго слѣдуетъ ожидать собственника, такъ что право собственности можетъ быть пріобрѣтено немедленно послѣ третьей публикаціи, хотя и она имѣетъ своею цѣлью вызвать хозяина. Такое упущеніе тѣмъ болѣе досадно, что подобный срокъ существовалъ прежде въ нашемъ законодательствѣ (2 года), но въ изданіи Свода Законовъ 1842 года былъ выпущенъ, вѣроятно потому, что онъ безъ достаточнаго основанія (сенатскій указъ 1779 г.) попалъ въ Сводъ Законовъ 1832 года. Однако, этотъ срокъ сохранился въ одномъ мѣстѣ: о вещахъ, случайно найденныхъ на рейдѣ или въ гавани, публикуется въ газетахъ, и если въ теченіе двухъ лѣтъ со дня публикаціи никто не явится съ законными доказательствами, то теряется право иска собственника къ нашедшему (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 553). Для превращенія находки въ право собственности германское уложеніе устанавливаетъ годовой срокъ (§ 973), швейцарское— 5 лѣтній (§ 722).

Особыя правила о находкѣ содержатся въ нашемъ законодательствѣ относительно *пригульнаго скота* (т. X ч. 1 прил. къ ст. 539 прим. 1). Особенность этихъ правилъ заключается въ томъ, что нашедшій пригульный скотъ можетъ получить вознагражденіе, но не пріобрѣтаетъ вовсе права собственности на найденное. Подъ именемъ пригульнаго понимается неизвѣстно кому принадлежащій скотъ, рогатый или мелкій, который пристанетъ къ чужому стаду или забредетъ на чужую землю. Каждый, на чьей землѣ окажется или къ чьему стаду пристанетъ чужой скотъ, обязанъ не позже какъ въ 7-дневный срокъ заявить о томъ мѣстной полиціи или сельскому начальству, которое дѣлаетъ надлежащіе розыски. Впредь до явки хозяина пригульнаго скота, послѣдній оставляется у того, кто его напѣлъ, или же отдается въ присмотръ другому благонадежному лицу изъ мѣстныхъ жителей, кто пожелаетъ принять скотъ на свое содержаніе. Если до истеченія 14 дней со дня первона-

чальнаго заявленія собственникъ явится, то скотъ ему возвращается, при чемъ онъ обязанъ заплатить нашедшему скотъ шестую часть цѣны послѣдняго и, кромѣ того, вознаградить за его прокормъ. Въ противномъ случаѣ, по требованію лица нашедшаго, пригульный скотъ продается съ публичнаго торга. Вырученныя отъ продажи деньги хранятся въ мѣстномъ волостномъ правленіи въ продолженіе 6 мѣсяцевъ. Если хозяинъ скота явится до истеченія этого срока, деньги выдаются ему за удержаніемъ шестой части въ пользу нашедшаго и издержекъ за прокормъ. Въ случаѣ же неявки его въ теченіе 6 мѣсяцевъ, вырученныя деньги получаютъ особое, указанное въ законѣ назначеніе, при чемъ въ пользу нашедшаго скотъ отдѣляется уже не шестая, а третья часть.

VII. Отдѣленіе плодовъ. Плоды, пока находятся въ естественной связи съ плодопроизводящею вещью, раздѣляютъ судьбу послѣдней и подчиняются праву того лица, которому она принадлежитъ. Но, какъ только плоды отдѣляются отъ плодопроизводящей вещи, сами собою (яблоки съ дерева), или же при содѣйствіи труда (жатва), такъ тотчасъ же создаются и вступаютъ въ оборотъ новыя вещи. Право собственности на плоды пріобрѣтаетъ собственникъ плодопроизводящей вещи (т. X ч. 1 стт. 425 и 431), и такъ какъ они не были еще объектомъ права, то его пріобрѣтеніе будетъ первоначальнымъ.

Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, однако, право собственности на плоды пріобрѣтается не собственникомъ, а другими лицами.

1. Въ силу соглашенія съ собственникомъ, другое лицо можетъ пріобрѣсти право на отдѣленные плоды, напр., при арендѣ имѣнія, фруктоваго сада (т. X ч. 1 ст. 536). Право на плоды должно быть точно опредѣлено или указаніемъ на плоды или на срокъ. Само по себѣ пользованіе вещью не даетъ права на плоды ея. Право арендатора основано на правѣ собственника,—оно пріобрѣтается не непосредственно, а отъ собственника, только не дѣйствительною, физическою передачею, такъ какъ собственникъ предоставилъ ему самъ возможность господства надъ вещами. Поэтому такое пріобрѣтеніе является производнымъ.

2. Право на плоды пріобрѣтается несобственникомъ помимо согласія собственника въ томъ случаѣ, когда кто-либо имѣетъ на плодопроизводящую вещь самостоятельное вещное право, исключающее пользованіе со стороны собственника, а именно при пожизненномъ пользованіи (т. X. ч. 1 ст. 533[4]), чинше-

вомъ правѣ. Здѣсь право независимо отъ права собственника, а потому пріобрѣтеніе должно быть признано первоначальнымъ.

3. Право на плоды пріобрѣтается также добросовѣстнымъ владѣльцемъ независимо отъ собственника. Владѣлецъ пріобрѣтаетъ право собственности на плоды, собранные уже въ моментъ возвращенія вещи собственнику (т. X ч. 1 ст. 626). Право добросовѣстнаго владѣльца основано не на согласіи собственника, а на законѣ, а потому должно быть признано первоначальнымъ.

VIII. Приращеніе. *Подъ именемъ приращенія понимается тотъ случай, когда собственникъ одной вещи пріобрѣтаетъ право собственности на другую, хотя бы принадлежащую иному лицу, вещь, если она присоединяется къ первой въ качествѣ придаточной.* Слѣдовательно, разсматриваемый способъ пріобрѣтенія права собственности предполагаетъ: a) соединеніе двухъ вещей, не допускающее разъединенія безъ существеннаго поврежденія, b) отношеніе между соединившимися вещами, въ силу котораго одна становится въ положеніе главной, а другая—въ положеніе придаточной, c) принадлежность соединившихся вещей разнымъ лицамъ, или появленіе одной изъ вещей впервые. За отсутствіемъ перваго признака соединенныя вещи возвращаются въ прежнее положеніе, или, разъединяясь, каждая получаетъ свое особое юридическое назначеніе, хотя законъ готовъ считать приращеніемъ шерсть, снятую съ овцы, молоко отцѣженное отъ коровы (т. X ч. 1 ст. 431). За отсутствіемъ второго—приращеніе переходитъ въ смѣшеніе. За отсутствіемъ третьяго—отпадаетъ способъ пріобрѣтенія собственности, такъ какъ обѣ вещи и ранѣе принадлежали тому же лицу, которому будутъ принадлежать и по соединеніи. Въ силу того положенія, что принадлежность слѣдуетъ судьбѣ главной вещи, собственникъ главной вещи пріобрѣтаетъ право на придаточную вещь. Право на приращенія вытекаетъ, по взгляду закона, само собою изъ права полной собственности (т. X ч. 1 ст. 425). Приращеніе представляется въ троякомъ видѣ: недвижимости къ недвижимости, движимости къ недвижимости и движимости къ движимости.

A. Приращеніе *недвижимости къ недвижимости* представляетъ нѣсколько случаевъ.

1. Поземельный участокъ, прилегающій къ рѣкѣ, постепенно и незамѣтно увеличивается отъ примываемой водой земли. Такой случай приращенія составляетъ *намывъ*. Происхожденіе

такого увеличенія обыкновенно обусловливается наносомъ песку или земли силою теченія и нерѣдко съ соотвѣтствующимъ уменьшеніемъ другого берега, земляныя частицы котораго дѣйствіемъ воды перемѣщаются на участокъ другого лица. На образовавшійся такимъ путемъ участокъ право собственности пріобрѣтаетъ собственникъ той земли, къ которой онъ присоединился (т. X ч. 1 ст. 428). Очевидно, что такое приращеніе идетъ въ пользу прибрежнаго собственника въ глубь рѣки только до середины ея. Если на рѣкѣ имѣется островъ, который увеличивается отъ намыва, то право собственности на приращеніе пріобрѣтается собственникомъ острова, хотя бы это было и не то лицо, которому принадлежитъ берегъ (кас. рѣш. 1884, № 15).

2. Возможно, что такое увеличеніе одного берега на счетъ другого, произойдетъ не путемъ постепеннаго наслоенія, а сразу, перемѣщеніемъ цѣлаго куска земли подъ сильнымъ дѣйствіемъ воды. Это будетъ *отрывъ*. Хотя законъ нашъ настоящаго случая не предусматриваетъ (въ т. X ч. 1 ст. 429 п. 2, слово «оторванъ» употреблено не въ соотвѣтствующемъ значеніи, что обнаруживается изъ смысла всей статьи), но, въ виду сходства его съ предыдущимъ, срощенія земельныхъ участковъ и невозможности возвращенія оторвавшагося куска на прежнее мѣсто, необходимо признать, что право собственности на оторванную отъ одного участка и приросшую къ другому землю принадлежитъ собственнику второго. Разрѣшить этотъ вопросъ въ противоположномъ смыслѣ и признать право собственности на оторванную землю за тѣмъ собственникомъ, отъ участка котораго она отдѣлилась, какъ это дѣлаетъ французскій кодексъ (§ 559), представляется нелогичнымъ и нецѣлесообразнымъ. Такіе оторванные участки едва ли могутъ быть значительны,— обыкновенно это небольшія глыбы, хотя бы съ деревьями. Если право на такую глыбу будетъ признано за собственникомъ участка, отъ котораго она отдѣлилась, то необходимо лишить собственника участка, къ которому она пристала, соотвѣтственнаго пользованія береговымъ правомъ, можетъ быть открыть дорогу къ этой глыбѣ черезъ его землю. Между тѣмъ такія глыбы прирастаютъ потому чаще всего, что садятся у берега на мель, т.-е. садятся на землю прибережнаго собственника, и въ этомъ отношеніи такая глыба совершенно приравнивается строенію, воздвигнутому на чужой землѣ. Сравненіе между лодкою и глыбою земли, приводимое Мейеромъ въ подтвержде-

ніе взгляда, въ силу котораго въ правѣ собственности не происходитъ никакой перемѣны, слѣдуетъ признать неудачнымъ. Лодка, оторванная отъ парохода и приставшая къ берегу, не срастается съ послѣднимъ, между ними не устанавливается постоянной и прочной связи, нѣтъ никакого затрудненія отвести лодку обратно къ пароходу; между тѣмъ приставшая глыба приростаетъ къ землѣ, часто неотдѣлима безъ того, чтобы не разсыпалась на мелкія части. Очевидно, что юридическая судьба того и другого случая не можетъ быть одинаковою.

3. Увеличеніе прибережнаго участка можетъ произойти путемъ *обнаженія дна* рѣки, вслѣдствіе ли того, что она мелѣетъ, или потому, что измѣняетъ свое русло. Однако, если рѣка обоими берегами находилась во владѣніяхъ одного лица, то увеличеніе земельнаго участка на счетъ воды не представляетъ въ юридическомъ отношеніи ничего особеннаго. Если берега принадлежали разнымъ лицамъ, то обнаженіе дна до середины русла идетъ въ пользу того собственника, на чьей сторонѣ оно произошло (т. X ч. 1 стт. 426 и 428). Когда рѣка внезапно измѣнитъ свое теченіе, то границею между прежними прибережными собственниками должно оставаться старое русло (желобовина) съ тѣмъ, что каждый продолжаетъ пользоваться имъ отъ своего берега до середины. А по новому теченію рѣки оба ея берега должны принадлежать тому, по чьей землѣ она протекаетъ. Если на рѣкѣ былъ островъ, то обнаженіе дна у береговъ идетъ въ пользу собственника острова, если лицо это не совпадаетъ съ лицомъ собственника береговъ.

4. Часть земли, находившейся подъ водою, обнажается вслѣдствіе обмелѣнія или нанесенія земляныхъ частицъ и образуетъ *островъ*. Относительно этого новаго объекта возникаетъ вопросъ о принадлежности его. Основаніемъ для рѣшенія вопроса служитъ право прибрежныхъ собственниковъ на водное пространство до половины рѣки. По этой воображаемой линіи возникшій островъ дѣлится вдоль рѣки пополамъ между прибрежными собственниками (т. X ч. 1 ст. 427). Воображаемая линія, проведенная вдоль рѣки, можетъ раздѣлить островъ на двѣ части, далеко не равныя, если большею своею массою островъ оказался ближе къ одному берегу, чѣмъ къ другому. Если онъ цѣликомъ находится между воображаемою линію и однимъ берегомъ, то право собственности принадлежитъ исключительно собственнику этого берега, такъ что островъ вовсе не дѣлится. Законъ нашъ говоритъ о дѣленіи острова между

собственниками противоположныхъ береговъ. Однако, островъ при значительной длинѣ можетъ образоваться противъ владѣній нѣсколькихъ лицъ: очевидно, каждый пріобрѣтаетъ право только на то пространство, на какое тянется островъ противъ его берега.

B. Приращеніе *движимости къ недвижимости* представляетъ также нѣсколько случаевъ, когда движимая вещь, принадлежа одному лицу, прочно соединяется съ недвижимостью другого, которая является въ качествѣ главной вещи.

1. При принадлежности земли и строительнаго матеріала различнымъ лицамъ, *застроеніе* создаетъ право собственности въ лицѣ собственника земли, какъ главной вещи (т. X ч. 1 ст. 386). Сравнительная цѣнность участка и зданія не имѣетъ никакого значенія. Необходимо только, чтобы связь строенія и земли подъ нимъ была прочной и неразрывной безъ нарушенія сущности. Возможны два случая.

a. Собственникъ земли застраиваетъ ее чужимъ матеріаломъ. Все равно, были ли дѣйствія его добросовѣстными или нѣтъ, все же право собственности на зданіе пріобрѣтаетъ собственникъ находящейся подъ зданіемъ земли. Но такъ какъ онъ нарушилъ право собственника матеріала, то онъ обязанъ возмѣстить стоимость послѣдняго и всѣ причиненные убытки.

b. Собственникъ матеріала воздвигаетъ зданіе на чужой землѣ. Въ силу того же отношенія принадлежности къ главной вещи, право собственности на зданіе пріобрѣтается собственникомъ земли. Однако, такъ какъ никто не долженъ обогащаться на чужой счетъ безъ достаточнаго основанія, то для собственника земли съ пріобрѣтеніемъ права на строеніе соединяется обязанность возвращенія стоимости употребленнаго матеріала. Когда же собственникъ земли не соглашается на вознагражденіе, то собственнику матеріала предоставляется отдѣлить отъ земли матеріалъ, если только это возможно сдѣлать съ удобствомъ и безъ ущерба для земельнаго участка (т. X ч. 1 ст. 611). Когда же такое отдѣленіе невозможно, то необходимо различать, былъ ли собственникъ матеріала добросовѣстнымъ владѣльцемъ или нѣтъ, такъ какъ, очевидно, застроеніе чужой земли недостижимо безъ владѣнія. Если владѣніе было недобросовѣстнымъ, то право на зданіе пріобрѣтается собственникомъ земли, вопреки основному принципу, безъ обязанности вознагражденія (т. X ч. 1 ст. 611). Въ противномъ случаѣ собственникъ матеріала пріобрѣтаетъ право на вознагражденіе

со стороны собственника земли, въ томъ объемѣ, насколько увеличилась цѣнность застроенной земли.

2. Если право собственности на землю и на посаженныя въ нее растенія принадлежало разнымъ лицамъ, то *насажденіе* возбуждаетъ тѣ же вопросы, что и застроеніе. a) Собственникъ земли посадилъ чужое растеніе, напр., устроилъ фруктовый садъ изъ растеній, присланныхъ ему садовникомъ и не оплаченныхъ. b) Собственникъ растеній сажаетъ ихъ въ чужую землю, напр., квартирантъ разводитъ дорогой цвѣтникъ въ саду хозяина. Вопросъ о правѣ собственности и о вознагражденіи разрѣшается, какъ и въ первомъ случаѣ.

3. При принадлежности земли и сѣмянъ разнымъ лицамъ *засѣвъ* устанавливаетъ подобныя же отношенія, какъ застроеніе и насажденіе. Здѣсь также возможны два случая: a) собственникъ земли засѣваетъ чужія сѣмена или b) собственникъ сѣмянъ сѣетъ ихъ на чужой землѣ. Вопросъ о правѣ собственности и о вознагражденіи разрѣшается какъ и въ первыхъ двухъ случаяхъ, съ тою только разницею, что, въ виду неотдѣлимости сѣмянъ отъ земли, не можетъ быть рѣчи объ отдѣленіи натурою.

C. Наконецъ, возможно приращеніе *движимости къ движимости*. Если въ разсмотрѣнныхъ выше случаяхъ не было сомнѣнія въ томъ, что должно считаться главною вещью, а что принадлежностью, то здѣсь этотъ вопросъ возбуждается въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Опять-таки присоединеніе должно быть такого рода, чтобы отдѣленіе было невозможно безъ существеннаго поврежденія. Такъ, напр., помѣщеніе картины въ чужую раму или камня въ кольцо не послужитъ основаніемъ для пріобрѣтенія собственникомъ картины или кольца права на раму или камень. Здѣсь мы имѣемъ передъ собою только владѣніе, которое можетъ по давности превратиться въ право собственности, но можетъ также, по иску собственника, прекратиться. Но, напр., инкрустація вставленная въ чужую мебель, или ось, придѣланная къ чужому экипажу, даютъ собственникамъ мебели и экипажа право на инкрустацію и ось. Предполагается, конечно, что такое соединеніе вещей произошло помимо соглашенія собственниковъ.

IX. Смѣшеніе. Къ числу непредусмотрѣнныхъ нашимъ законодательствомъ случаевъ пріобрѣтенія права собственности относится смѣшеніе, т.-е. такое соединеніе вещей, принадлежащихъ разнымъ лицамъ, въ результатѣ котораго получается

единая вещь. Смѣшеніе близко подходитъ къ приращенію, но въ то же время и отлично отъ него. Оба понятія совпадаютъ настолько, насколько въ обоихъ случаяхъ соединяемыя вещи принадлежатъ разнымъ лицамъ и установившаяся, вслѣдствіе соединенія, связь представляется неразрывною. Но въ случаѣ приращенія одна вещь, присоединяясь къ другой, получаетъ по отношенію къ ней значеніе придаточной, тогда какъ при смѣшеніи двѣ вещи, будучи каждая самостоятельною, образуютъ новую вещь, а это создаетъ и иныя юридическія послѣдствія. Такъ, напр., во время пожара ломбарднаго склада спаиваются отъ огня находившіяся тамъ въ залогѣ золотыя и серебряныя вещи. Интересный примѣръ смѣшенія представляетъ въ настоящее время отдача зернового хлѣба въ товарные склады, гдѣ онъ смѣшивается съ подобнымъ же зерномъ, не лишая собственника вещнаго права.

Для того, чтобы признать наличность смѣшенія, необходимы слѣдующія условія. a) Вещи должны принадлежать разнымъ лицамъ. Поэтому не будетъ смѣшеніемъ въ юридическомъ значеніи слова, когда нечаянно смѣшаются разные сорта вина, принадлежащіе одному виноторговцу. b) Смѣшеніе должно быть такого рода, чтобы обнаружилась полная невозможность разъединенія, возстановленіе индивидуальности, иначе оно не произведетъ никакихъ юридическихъ результатовъ. Такъ, напр., при перевозкѣ съ квартиры на квартиру смѣшаны были двѣ библіотеки, или на водопоѣ сошлись два стада, принадлежащія разнымъ деревнямъ. Въ томъ и другомъ случаѣ собственники, послѣ нѣкотораго труда, могутъ отдѣлить свои вещи, а потому каждый изъ нихъ сохраняетъ свое право. Но при смѣшеніи муки, зеренъ, фруктовъ и т. п. отдѣленіе практически невыполнимо. c) При смѣшеніи ни одна вещь не становится по отношенію къ другой ни главной, ни придаточной; этимъ смѣшеніе отличается отъ приращенія.

Послѣдствія смѣшенія иныя, чѣмъ приращенія. Въ то время, какъ послѣдствіемъ приращенія является пріобрѣтеніе права собственности на всю вещь со стороны собственника главной, послѣдствіемъ смѣшенія является потеря права собственности на отдѣльныя вещи и пріобрѣтеніе права на идеальную часть всей образовавшейся массы. Между собственниками смѣшанныхъ вещей устанавливается право общей собственности. Оно можетъ прекратиться путемъ соотвѣтствующаго соглашенія или цѣнности смѣшанныхъ вещей, раздѣла массы въ натурѣ или

раздѣла вырученной отъ продажи ея суммы денегъ. Нѣкоторое сомнѣніе способенъ возбудить указанный выше случай сдачи на храненіе въ товарный складъ многими лицами своихъ товаровъ, подлежащихъ обезличенію, такъ что обладатели свидѣтельствъ получаютъ право не на тотъ самый товаръ, который былъ сданъ на храненіе, а на товаръ того же сорта (т. XI ч. 2, уст. торг. ст. 816). Кто собственникъ всей массы смѣшавшихся товаровъ? Очевидно, не складъ, потому что онъ принялъ на храненіе чужой товаръ. Очевидно, и не каждый складчикъ въ отдѣльности, потому что съ момента смѣшенія нѣтъ болѣе индивидуализированнаго товара. Слѣдовательно, находящійся въ складѣ на храненіи товаръ составляетъ общую собственность всѣхъ обладателей складочныхъ свидѣтельствъ. Но, если такъ, какъ можно объяснить, что складъ не освобождается отъ обязанности возвратить товаръ того же сорта по какимъ бы то ни было причинамъ (ст. 817)? Если весь товаръ, находившійся на складѣ, погибъ подъ дѣйствіемъ непреодолимой силы, на какомъ основаніи товарный складъ несетъ на себѣ отвѣтственность за гибель чужого товара?

X. Переработка. Собственникъ матеріала имѣетъ полное право придавать ему какую угодно форму, подвергать его какой угодно обработкѣ. При всѣхъ видоизмѣненіяхъ право собственности на продукты труда принадлежитъ собственнику матеріала—«владѣльцу принадлежитъ все то, что̀ трудомъ и искусствомъ его произведено въ томъ имуществѣ» (т. X. ч. 1 ст. 425). Сомнѣніе возбуждается тѣмъ случаемъ, когда трудъ прилагается къ чужому матеріалу. Одно лицо обрабатываетъ матеріалъ другого и создаетъ новую вещь. За кѣмъ должно быть признано право на продуктъ: за представителемъ труда или за собственникомъ матеріала? Этотъ случай, извѣстный въ римскомъ правѣ подъ именемъ спецификаціи, не предусмотрѣнъ русскимъ законодательствомъ, но можетъ встрѣтиться и въ нашей практикѣ. Такъ, напр., изъ чужого лѣса фабрика заготовила музыкальные инструменты, изъ чужой кожи сдѣланы сапожникомъ башмаки и т. п. На вечерѣ знаменитый художникъ, присѣвъ за столъ хозяина, набросалъ замѣчательный портретъ бывшаго среди гостей писателя на листѣ бумагѣ, который лежалъ на столѣ; уходя, онъ свертываетъ листъ, чтобы взять съ собой, но хозяинъ проситъ его, любезно, но настойчиво, чужихъ вещей съ собой не уносить. Предполагается, конечно, что приложеніе труда не основано на договорѣ, потому что

тогда соглашеніе опредѣляетъ принадлежность вещи,—рабочій по договору уступаетъ результаты своего труда въ пользу нанимателя. Не слѣдуетъ смѣшивать этотъ случай съ прираще-ніемъ, потому что здѣсь нѣтъ соединенія двухъ вещей, глав-ной и принадлежности, а есть только приложеніе труда къ вещи.

Если стать на ту точку зрѣнія, что объектомъ права собствен-ности является матеріалъ, а не форма, что при разнообразіи по-слѣдней остается неизмѣннымъ первый, то мы придемъ къ тому выводу, что и въ новомъ видѣ вещь остается принадлежностью того лица, кто имѣлъ право на матеріалъ. Такъ именно рѣ-шаетъ вопросъ французскій кодексъ (§ 570), дѣлая исключе-ніе въ томъ случаѣ, когда созданная вновь вещь цѣнностью своею значительно превосходитъ матеріалъ (§ 571).

Если же мы признаемъ, что существенное значеніе имѣетъ не матеріалъ, а трудъ, создающій всѣ необходимые для людей предметы, что съ измѣненіемъ формы подъ вліяніемъ обра-ботки возникъ совершенно новый предметъ, который не имѣетъ ничего общаго съ прежнимъ объектомъ права собственности, то придемъ къ заключенію, что въ обработанномъ видѣ вещь должна принадлежать представителю труда. Таково рѣшеніе германскаго уложенія (§ 950), которое, однако, дѣлаетъ исклю-ченіе въ томъ случаѣ, когда стоимость переработки значительно уступаетъ цѣнности матеріала.

Вотъ два возможныхъ рѣшенія поставленнаго вопроса. Мо-жетъ быть, было бы правильнѣе возвести исключенія, допу-скаемыя французскимъ и германскимъ законодательствами, въ общее правило, и поставить право собственности, при условіи добросовѣстности, въ зависимость отъ преимущественной цѣн-ности труда и матеріала. Такъ именно разрѣшаетъ вопросъ швейцарское законодательство (§ 726). Рѣшеніе, предполо-женное юстиніановскимъ законодательствомъ и основанное на различіи въ способности матеріала мѣнять свою форму безъ поврежденія существа, представляется совершенно несостоя-тельнымъ. Почему ваза, сдѣланная изъ серебра, принадлежитъ собственнику матеріала, а ваза, сдѣланная изъ яшмы—пред-ставителю труда?

Между тѣмъ именно послѣднее рѣшеніе предлагается нѣко-торыми (Васьковскій и Анненковъ) учеными для нашего зако-нодательства,—право собственности на вновь созданную вещь признается за переработавшимъ матеріалъ, если только послѣд-ній не можетъ быть приведенъ въ первоначальное состояніе.

Сенатъ, повидимому, склоняется къ тому же взгляду, когда говоритъ, что «невозможно отобрать отъ истца изъятый имъ изъ владѣнія отвѣтчика лѣсной матеріалъ, который употребленъ истцомъ на разнаго рода подѣлки—двери, рамы, полъ, мебель и прочее, ибо черезъ это онъ получилъ не только другой видъ и другое назначеніе, но и другую цѣнность, чрезъ прибавленіе, къ его первоначальной стоимости, стоимости затраченнаго на такое измѣненіе труда» (кас. рѣш. 1909, № 32). Опорою для такого взгляда служитъ т. X ч. 1 ст. 673, въ силу которой въ случаѣ истребленія или поврежденія чужого имущества виновный обязывается вознаградить собственника, если исправленіе имущества (приведеніе въ прежнее состояніе) почему-либо окажется невозможнымъ. Но положеніе это нельзя распространять на спецификацію, потому что здѣсь нѣть ни поврежденія, ни тѣмъ менѣе истребленія матеріала.

Напротивъ, принимая въ соображеніе, что всякій неправо владѣвшій чужою вещью, обязанъ возвратить ее собственнику (т. X. ч. 1 ст. 609), а спецификація безъ владѣнія невозможна, слѣдуетъ думать, что болѣе согласно съ общимъ смысломъ русскаго законодательства будетъ признать право собственности на переработанную вещь за собственникомъ матеріала, изъ котораго она сдѣлана.

§ 24.

Прекращеніе права собственности.

Литература: Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права* т. II, стр. 285—295; Шалфеевъ, *Краткій очеркъ постановленія важнѣйшихъ иностранныхъ законодательствъ объ экспропріаціи*, 1872; Венеціановъ, *Экспропріація съ точки зрѣнія гражданскаго права*, 1891.

Право собственности соотвѣтствующимъ образомъ прекращается тѣми же способами, какими оно пріобрѣтается, если только это не первоначальный способъ. Право собственности на извѣстный объектъ прекращается вслѣдствіе того, что оно пріобрѣтено другимъ лицомъ съ согласія ли собственника (передача), или помимо его воли (давность), вслѣдствіе уничтоженія самаго объекта или изъятія его изъ обращенія. Особаго вниманія заслуживаютъ тѣ способы прекращенія права собственности, которые совершаются при участіи власти, представляютъ собою принудительное лишеніе или отчужденіе права. Такіе

случаи имѣютъ мѣсто при судебномъ постановленіи, экспропріаціи и конфискаціи.

I. Судебное постановленіе. Судъ не можетъ, по общему правилу, лишить кого-либо принадлежащаго ему права собственности или создать такое право для извѣстнаго лица. Его задача ограничивается опредѣленіемъ принадлежности права. Однако, существуютъ случаи, когда судъ не только присуждаетъ, но и лишаетъ лицо права собственности, а именно: a) при обращеніи взысканія на имущество отвѣтчика и b) при раздѣлахъ общаго имущества. Отлагая второй случай до соотвѣтствующаго мѣста, остановимся теперь на первомъ. Замѣтимъ при этомъ, что прекращеніе права собственности въ лицѣ извѣстнаго субъекта по судебному постановленію происходитъ не въ исковомъ, а въ исполнительномъ или охранительномъ производствѣ.

Судебное рѣшеніе, вошедшее въ законную силу или обращенное къ предварительному исполненію, служитъ основаніемъ для полученія исполнительнаго листа. На основаніи послѣдняго, исполненіе обращается на движимое или недвижимое имущество отвѣтчика.

1. Когда взысканіе обращается на *движимость*, то послѣдняя подвергается аресту. Вещи описываются, опечатываются и затѣмъ отдаются на сохраненіе какому-нибудь лицу, если найдено будетъ опаснымъ оставить ихъ у самого должника и по этому вопросу не состоится соглашенія между нимъ и взыскателемъ. Въ томъ и другомъ случаѣ собственникъ лишается возможности распоряженія принадлежащими ему, но арестованными вещами. Смотря по значительности и качеству вещей, опредѣляется срокъ предстоящей продажи, отъ 1—6 недѣль со дня описи (уст. гр. суд. стт. 968, 1009, 1057 и др.). Продажа, которой время и мѣсто заранѣе оповѣщаются, производится судебнымъ приставомъ. При открытіи торга послѣдній провозглашаетъ цѣну каждаго предмета, предлагая надбавить. Съ ударомъ молотка продаваемые предметы остаются за предложившимъ высшую цѣну (ст. 1055). Однако, ударъ молотка свидѣтельствуетъ не о моментѣ перехода права собственности, а только о совершеніи договора. Это обнаруживается изъ того, что проданные предметы передаются только тогда покупателямъ, когда послѣдніе уплатятъ сполна предложенную на торгѣ сумму (ст. 1058), а если въ срокъ вся сумма не будетъ уплачена, то проданные предметы, какъ не принадлежащіе еще покуп-

щику на правѣ собственности, снова поступаютъ въ продажу (ст. 1162 п. 4 и 1067).

Проданные съ публичнаго торга предметы, послѣ передачи, во всякомъ случаѣ остаются за покупщикомъ (ст. 1061), хотя бы впослѣдствіи оказалось, что они не принадлежали тому лицу, отъ имени котораго производилась продажа.

2. При обращеніи взысканія на *недвижимость*, должнику посылается повѣстка съ предупрежденіемъ, что, въ случаѣ неуплаты долга въ теченіе 2 мѣсяцевъ, будетъ приступлено къ продажѣ имѣнія (ст. 1095). Вмѣстѣ съ посылкою должнику повѣстки объ исполненіи, на указанное кредиторомъ имѣніе налагается запрещеніе (ст. 1096). Не лишаясь права собственности, собственникъ ограничивается въ свободѣ распоряженія. Со времени полученія повѣстки объ исполненіи, собственнику воспрещается отчуждать эту недвижимость, рубить въ ней лѣсъ, за исключеніемъ количества, необходимаго для поддержанія хозяйства, и вообще отчуждать или разрушать предметы, которые считаются по закону принадлежностью имѣнія (ст. 1097). Договоры по имѣнію, заключенные отвѣтчикомъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, могутъ быть уничтожены судомъ по просьбѣ взыскателя, а въ случаѣ публичной продажи—по просьбѣ покупщика, если эти договоры клонятся ко вреду того или другого (ст. 1100). По истеченіи двухмѣсячнаго срока недвижимое имѣніе подвергается описи и оцѣнкѣ, но, до публичной продажи, остается во владѣніи собственника, за исключеніемъ случая взысканія по закладной, когда залогодержатель можетъ просить о предоставленіи ему управленія (стт. 1128 и 1129). Въ срокъ, назначенный для продажи (ст. 1143), торги производятся посредствомъ торговыхъ листовъ, въ которые каждый можетъ вписывать предлагаемую цѣну. Имѣніе остается за тѣмъ, кто предложитъ высшую противъ другихъ цѣну (ст.1160). Но это опять-таки не значитъ, что въ этотъ моментъ пріобрѣтается покупателемъ право собственности, а только свидѣтельствуетъ о заключеніи договора. Это обнаруживается изъ того, что лишь по истеченіи 7 дней со дня торга окружный судъ постановляетъ опредѣленіе объ укрѣпленіи имѣнія за покупателемъ, если онъ внесъ ту сумму, которую предложилъ, вмѣстѣ съ крѣпостными пошлинами (ст. 1164). Въ противномъ случаѣ, если покупщикъ не внесетъ всей суммы въ срокъ, то торги признаются несостоявшимися, недвижимость снова поступаетъ въ продажу (ст. 1170 п. 3, ст. 1171). Отсюда слѣдуетъ, что

дѣеспособность необходима во время торговъ, при совершеніи договора, такъ что, если бы лицо, способное пріобрѣсти данную недвижимость въ этотъ моментъ, затѣмъ лишилось способности, судъ тѣмъ не менѣе долженъ утвердить торги. Напр., лицу, которому было дано генералъ-губернаторомъ свидѣтельство на право покупки имѣнія въ западныхъ губерніяхъ, позднѣйшимъ постановленіемъ того же генералъ-губернатора запрещается покупка (кас. рѣш. 1895, № 39).

По вопросу о моментѣ перехода права собственности наша практика, стараясь объяснить ст. 1509 т. X ч. 1, пришла къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) собственникомъ купленнаго съ публичныхъ торговъ имѣнія (съ точки зрѣнія доходовъ) покупщикъ дѣлается со дня публичной продажи (1892, № 71), 2) право собственности принадлежитъ покупщику со дня воспослѣдованія судебнаго опредѣленія объ укрѣпленіи за нимъ имѣнія (кас. рѣш. 1892, № 71); 3) право же распоряженія, въ частности право на отчужденіе, возникаетъ только съ момента полученія данной (1876, № 141).

Въ противоположность продажѣ движимыхъ вещей, торги признаются недѣйствительными, если проданное и укрѣпленное за покупщикомъ имѣніе оказалось впослѣдствіи, по суду, не принадлежавшимъ должнику (ст. 1180 п. 1). Имѣніе въ этомъ случаѣ возвращается законному его собственнику, а покупщику предоставляется право взыскать заплаченную имъ сумму съ должника или съ кредиторовъ, получившихъ удовлетвореніе изъ вырученной изъ имѣнія суммы (ст. 1181).

II. Экспропріація. *Экспропріація есть принудительное возмездное отчужденіе или ограниченіе правъ, которое производится государственною властью въ виду общеполезной цѣли.* Она является актомъ государственной власти, устанавливающей юридическое отношеніе между тѣмъ лицомъ, право котораго прекращается, и тѣмъ лицомъ, въ пользу котораго совершается это прекращеніе.

I. Экспропріація состоитъ въ *отчужденіи или ограниченіи правъ*, т.-е. или въ лишеніи права собственности или въ установленіи сервитута (т. X ч. 1 ст. 575). Предметомъ экспропріаціи чаще всего является право собственности на недвижимости, потому что онѣ незамѣнимы по своему мѣстонахожденію, тогда какъ движимыя вещи почти всегда допускаютъ замѣну ихъ другими. Однако, это не исключаетъ возможности, что предметомъ экспропріаціи окажутся права на движимости,

такъ, напр., экспропріація хлѣбныхъ запасовъ во время голода, экспропріація лошадей на надобности войны, экспропріація зачумленныхъ животныхъ въ интересахъ предупрежденія заразы (т. XIII, уст. врач. стт. 1200—1292). Принудительное лишеніе собственника его права на недвижимость можетъ отразиться невыгоднымъ образомъ на правахъ другихъ лицъ въ отношеніи къ той же недвижимости, на сервитутахъ, арендныхъ договорахъ, залоговыхъ правахъ. Хотя всѣ эти права не составляютъ прямого предмета экспропріаціи, но послѣдняя косвеннымъ образомъ отражается на нихъ, а потому возникаетъ вопросъ о вознагражденіи субъектовъ такихъ правъ.

2. Экспропріація предполагаетъ *принужденіе*, если нужно—насиліе, исключаетъ возможность добровольнаго соглашенія. Поэтому не подходитъ подъ понятіе экспропріаціи попытка склонить собственника къ уступкѣ своего участка посредствомъ продажи. Если собственникъ изъявляетъ свое согласіе и вступаетъ въ договоръ, то для экспропріаціи не будетъ мѣста. Она наступаетъ только тогда, когда собственникъ отвергнетъ предложеніе совершить договоръ.

3. Такое принужденіе возможно только *со стороны государственной власти*. Всѣ случаи, въ которыхъ представится нужнымъ отчужденіе или временное занятіе недвижимости или же установленіе сервитутовъ въ ней, опредѣляются именными Высочайшими указами (т. X ч. 1 ст. 576). Проекты такихъ указовъ представляются на Высочайшее воззрѣніе министрами или главноуправляющими черезъ Особое Присутствіе Государственнаго Совѣта по дѣламъ о принудительномъ отчужденіи недвижимыхъ имуществъ и вознагражденіи ихъ владѣльцевъ (т. I ч. 1, изд. 1906, учр. Госуд. Совѣта, ст. 96—98). Совершаемые государственною властью отчужденіе или ограниченіе правъ производятся или въ пользу казны, напр., для устройства полигона, или же чаще всего въ пользу какихъ-либо общеполезныхъ предпріятій, напр., въ пользу общества желѣзныхъ дорогъ. Во второмъ случаѣ государство не несетъ на себѣ юридической отвѣтственности за неточное выполненіе предпринимателемъ обязанности вознагражденія.

4. Лишеніе лица принадлежащихъ ему правъ должно имѣть въ основаніи вѣскія соображенія. Такимъ оправдывающимъ насиліе мотивомъ можетъ быть только общее благо, *общеполезность* предпринятой мѣры. Основаніемъ къ экспропріаціи могутъ послужить соображенія экономическія, культурныя, стра-

тегическія, санитарныя и др. Принудительное отчужденіе частныхъ имуществъ допускается какъ для устройства подъѣздныхъ путей общаго пользованія, такъ и для путей частнаго пользованія, если эти послѣднія, по значенію своему для производительности государства, будутъ признаны общеполезными (т. XII ч. 1, по Прод. 1906, ст. 575, прим. 3, прил. ст. 10). Вопросъ о наличности общеполезной цѣли экспропріаціи въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ не юридическій, а политическій.

5. Подобное отчужденіе или ограниченіе правъ возможно только подъ условіемъ *вознагражденія*, иначе была бы причинена явная несправедливость одному изъ членовъ общества, подъ видомъ блага того же общества. Это начало признается вполнѣ нашимъ законодательствомъ, которое заявляетъ, что принудительное отчужденіе недвижимостей, равно и временное ихъ занятіе или же установленіе права участія въ пользованіи ими, когда это необходимо для какой-либо государственной или общественной пользы, допускается не иначе, какъ за справедливое и приличное вознагражденіе (т. I, Осн. Зак. ст. 77 и т. X ч. 1 ст. 575). Съ точки зрѣнія нашего закона, юридическое основаніе вознагражденія кроется въ причиняемыхъ экспропріаціей убыткахъ, что обнаруживается изъ системы законодательства, помѣщающаго правила объ экспропріаціи въ главѣ «о правѣ вознагражденія за понесенные вредъ и убытки». Вознагражденіе должно состоять въ доставленіи эквивалента цѣнности теряемаго имущества. Нормальнымъ способомъ вознагражденія является платежъ денежной суммы, но возможна замѣна экспропріируемаго участка другимъ, соотвѣтствующимъ по цѣнности. Вознагражденіе деньгами или натурою допускается нашимъ законодательствомъ: вознагражденіе за обращенныя на государственную или общественную пользу имущества назначается деньгами или же, по добровольному соглашенію, обмѣномъ отчуждаемой недвижимости на другую однородную и въ выгодахъ равную (т. X ч. 1 ст. 578). Однако, значеніе вознагражденія натурою ослабляется требованіемъ согласія на то со стороны собственника, а если такое согласіе изъявляется въ отвѣтъ на предложеніе уступить свою землю, то здѣсь уже нѣтъ экспропріаціи, а только мѣна недвижимостями.

Порядокъ экспропріаціи, или, по терминологіи нашего закона, принудительнаго отчужденія, слѣдующій. По воспослѣдованіи Высочайшаго указа, первымъ дѣйствіемъ администра-

тивной власти является сношеніе съ собственникомъ о добровольномъ отчужденіи. Если достигается соглашеніе, то совершается купчая крѣпость (т. X ч. 1 стт. 577 и 579, т. XII ч. 1 по Прод. 1906, ст. 575, прим. 3, прил. ст. 32), въ противномъ случаѣ недвижимость подвергается описи и оцѣнкѣ при посредствѣ особой коммиссіи. Къ описи вызывается самъ собственникъ или его повѣренный, для чего назначается шестимѣсячный срокъ со дня полученія повѣстки; однако, неявка этихъ лицъ не останавливаетъ производства описи (т. X ч. 1 стт. 580—583). При занятіи недвижимостей подъ строющіяся желѣзныя дороги соблюдаются особыя правила, направленныя къ сокращенію порядка. Если отходящія подъ дороги недвижимости требуется занять безотлагательно, линія желѣзной дороги провѣшена и одобрена инспекціею, то назначается опись, вмѣсто шестимѣсячнаго, въ двухнедѣльный срокъ (т. X ч. 1 ст. 594 п. 1). Прошеніе о разрѣшеніи изысканій, необходимыхъ для сооруженія подъѣзднаго пути черезъ чужія земли, при отсутствіи соглашенія по этому предмету между собственниками или арендаторами земель и предпринимателемъ пути, подается губернатору. Губернаторъ требуетъ отъ нихъ въ 2-хъ-мѣсячный срокъ отзывовъ. Образуемое подъ предсѣдательствомъ губернатора особое присутствіе указываетъ необходимыя, по мѣстнымъ условіямъ, ограниченія времени производства изысканій, входа въ усадьбы, въ сады и т. п. (т. XII ч. 1, Прод. 1906, ст. 575, прим. 3, прил. стт. 11, 14, 16).

На оцѣночную коммиссію возлагается весьма трудная задача— опредѣлить *размѣръ вознагражденія*. Законъ даетъ по этому вопросу нѣсколько общихъ указаній (т. X ч. 1 ст. 584). Оцѣнка должна производиться или по доходности имуществъ или по мѣстнымъ цѣнамъ и особымъ условіямъ, въ которыхъ имущества находятся. Оцѣнка имѣнія по доходности производится, по требованію собственника, на основаніи представленныхъ имъ свѣдѣній и данныхъ, признанныхъ коммиссіею достовѣрными. Въ этомъ случаѣ цѣна имѣнія опредѣляется капитализаціей изъ 5% средняго чистаго дохода, исчисленнаго за послѣднія пять лѣтъ. Если же собственникъ не предъявитъ такого требованія или не представитъ необходимыхъ данныхъ, то оцѣнка производится по мѣстнымъ цѣнамъ и особымъ условіямъ, въ которыхъ недвижимость находится.

При вознагражденіи необходимо имѣть въ виду два элемента утрачиваемой цѣнности: рыночную цѣну отчуждаемаго

участка и убытки, составляющія послѣдствія отчужденія. Такъ, напр., раздробленіе устроеннаго въ сельскохозяйственномъ отношеніи имѣнія можетъ отразиться неблагопріятно на стоимости оставшейся за собственникомъ земли. Поэтому, согласно указанію закона, слѣдуетъ принимать въ соображеніе, лишается ли собственникъ, съ отобраніемъ или занятіемъ участка, только получаемаго съ него дохода, или же участокъ этотъ такого свойства, что остающееся за отрѣзкою пространство не можетъ уже приносить соразмѣрной выгоды. Точно также, если остающаяся часть дѣлается безполезною для собственника, то онъ можетъ требовать отчужденія недвижимости въ полномъ составѣ. Обратно, такъ какъ многія предпріятія вліяютъ немедленно на повышеніе цѣнъ недвижимостей, напр., желѣзныя дороги, то предпринимателю пришлось бы вознаграждать собственниковъ имѣній за то благо, которое онъ приноситъ данной мѣстности. Поэтому законъ постановляетъ, что при оцѣнкѣ не должно быть принимаемо въ разсчетъ увеличеніе цѣнности имуществъ, могущее произойти отъ самого предпріятія (т. X ч. 1, ст. 584, п. 9). Исходя изъ того же правила закона, нельзя въ сумму вознагражденія зачесть увеличивающуюся цѣнность оставшагося за собственникомъ участка, напр., если имѣніе, стоившее до экспропріаціи 40.000, по отчужденіи половины сохраняетъ стоимость въ 30.000.

Независимо отъ производства опредѣленнаго оцѣнкою вознагражденія, предприниматель обязанъ устроить и содержать на свой счетъ, въ указанныхъ мѣстахъ, мосты, дороги, плотины, переѣзды, водостоки и тому подобныя сооруженія, возведеніе которыхъ представляется необходимымъ для устраненія убытковъ и неудобствъ, могущихъ произойти отъ осуществленія предпріятія, для котораго производится отчужденіе.

Когда общественный интересъ требуетъ не отчужденія права собственности, а только временнаго занятія недвижимости или установленія сервитута въ чужой недвижимости, то соблюдаются особыя правила. Такъ какъ временное занятіе лишаетъ собственника доходовъ, то ему назначается вознагражденіе въ размѣрѣ 6% стоимости занятой недвижимости, которое уплачивается за каждый годъ временнаго занятія впередъ (т. X ч. 1 ст. 602). Стоимость или опредѣляется добровольнымъ соглашеніемъ или устанавливается оцѣночною коммиссіею. Если оставшійся незанятымъ участокъ не можетъ уже отвѣчать экономической цѣли всего имѣнія, то собственникъ можетъ по-

требовать процентнаго вознагражденія со стоимости не занятаго только участка, а всего имѣнія. Срокъ временнаго занятія не долженъ быть продолжительнѣе 3 лѣтъ. По истеченіи этого срока собственникъ можетъ требовать полнаго отчужденія участка (т. X ч. 1 ст. 604). Если при возвращеніи занятаго участка обнаружится уменьшеніе стоимости противъ первоначальной оцѣнки именно вслѣдствіе временнаго занятія, то предприниматель обязанъ уплатить разность между первою оцѣнкою и новою, произведенною по требованію собственника (т. X ч. 1 ст. 605). Право участія въ пользованіи (сервитуты) чужою недвижимостью можетъ быть установлено для безпрепятственнаго производства работъ по устройству подъѣздныхъ путей. Участіе въ пользованіи землями, смежными съ занятою подъ предпріятіе мѣстностью, разрѣшается также для добыванія необходимыхъ при производствѣ работъ матеріаловъ, для устройства снѣговыхъ защитъ вдоль линіи желѣзныхъ дорогъ и т. п., но собственники земель въ правѣ потребовать, помимо отчужденія ихъ, и уплаты вознагражденія на общемъ основаніи.

Кромѣ собственника, существуютъ и другія лица, чьи интересы страдаютъ отъ экспропріаціи, а именно: субъекты вещныхъ правъ на ту же недвижимость, залогодержатели, арендаторы. Нашъ законъ предусматриваетъ только одинъ случай,— пожизненное пользованіе, какъ личный сервитутъ. Вознагражденіе за имѣніе, состоящее въ пожизненномъ пользованіи, вносится въ мѣстное казначейство процентными бумагами, при чемъ доходъ съ процентныхъ бумагъ выдается пожизненному пользователю до конца жизни, и только по смерти его сумма выдается собственнику (т. X ч. 1 ст. 589, п. 2). Очевидно, что и при предъявленіи закладной сумма вознагражденія должна быть внесена въ казначейство для обезпеченія того обязательства, которое обезпечивалось ранѣе залогомъ этой недвижимости. Арендаторы не имѣютъ никакихъ правъ на сумму вознагражденія за отчуждаемый участокъ, они не могутъ и обратиться къ собственнику съ требованіемъ возмѣщеній убытка отъ досрочнаго прекращенія договора, потому что прекращеніе наступаетъ помимо воли и безъ вины собственника. Но такъ какъ экспропріація нарушаетъ ихъ имущественные интересы, обезпеченные въ другихъ отношеніяхъ закономъ, то предприниматель или казна обязаны бы вознаградить причиняемый имъ непосредственно ущербъ, и коммиссія должна бы принять

это обстоятельство во вниманіе при производствѣ оцѣнки, если заинтересованныя лица сами представятъ ей свои претензіи.

По совершеніи оцѣнки дѣло поступаетъ черезъ мѣстнаго губернатора въ подлежащее министерство или главное управленіе. За исключеніемъ рѣдкихъ случаевъ, когда дѣло оканчивается утвержденіемъ министра или главноуправляющаго (т. X ч. 1 ст. 588), въ обыкновенномъ порядкѣ дѣло восходитъ на окончательное Высочайшее утвержденіе. Этотъ моментъ слѣдуетъ признать *моментомъ отчужденія права*, и до этого времени собственникъ въ правѣ продать, подарить или заложить имѣніе, какъ свое. Этимъ же моментомъ, а не временемъ оцѣнки, опредѣляется вопросъ, на кого падаетъ ущербъ, неожиданно причиненный имѣнію наводненіемъ, землетрясеніемъ или лѣснымъ пожаромъ. Но при экспропріаціи подъ желѣзныя дороги этотъ моментъ наступаетъ ранѣе, а именно—тотчасъ по оцѣнкѣ и опредѣленіи суммы вознагражденія (по Прод. 1906, т. X ч. 1, ст. 595[1]) недвижимости передаются мѣстною властью (а не занимаются самовольно) предпринимателямъ, подъ условіемъ обезпеченія причитающагося собственникамъ вознагражденія. Впрочемъ, занятіе имѣній подъ желѣзную дорогу вслѣдъ за совершеніемъ описи ихъ допускается только въ тѣхъ случаяхъ, когда, по особымъ уваженіямъ, это разрѣшено именнымъ Высочайшимъ указомъ объ отчужденіи (т. X ч. 1 ст. 595 прим. 1). Вслѣдъ за утвержденіемъ оцѣнки собственнику немедленно выдаются деньги, опредѣленныя ему по оцѣнкѣ за отчуждаемую недвижимость, и сверхъ того 6% годовыхъ съ этой суммы, считая со дня занятія имѣнія по день уплаты вознагражденія (т. X ч. 1 ст. 589).

Если отчужденная недвижимость будетъ признана подлежащею продажѣ по ненадобности или вслѣдствіе того, что предпріятіе не состоялось или прекратилось, то прежнему собственнику имѣнія предоставляется двоякое право: a) до истеченія 10 лѣтъ со дня отчужденія—право выкупа недвижимости за сумму вознагражденія и b) по истеченіи этого срока—право преимущественной покупки за сумму, которая, при отсутствіи добровольнаго соглашенія, опредѣляется посредствомъ новой оцѣнки (т. X ч. 1 ст. 590).

III. Конфискація. Подъ именемъ конфискаціи понимается *отнятіе государственною властью въ видѣ наказанія у собственника принадлежащей ему вещи*. Потеря права соб-

ственности составляетъ результатъ совершоннаго преступнаго дѣйствія. Конфискаціи всего имущества преступника наше законодательство въ сущности не знаетъ, такъ какъ возможность примѣненія подобной мѣры наказанія въ случаѣ бунта или заговора зависитъ отъ спеціальныхъ распоряженій, дѣлаемыхъ правительствомъ въ такихъ случаяхъ (улож. наказ., ст. 255). Лишеніе же правъ собственности на отдѣльные предметы, въ видѣ наказанія, составляетъ нерѣдкое послѣдствіе во многихъ случаяхъ преступленій и проступковъ. Таковы, напр., случаи конфискаціи предметовъ, перевезенныхъ контрабандою, или орудій преступленія.

§ 25.

Общая собственность.

Литература: Товстолѣсъ, *Общая собственность по русскому гражданскому праву* („Ж. М. Ю.“ 1900, № 8); Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. II, стр. 92—118; Васьковскій, *Учебникъ гражданскаго права*, в. 2, стр. 95—102).

I. Опредѣленіе понятія. Начало исключительности, которое характеризуетъ право собственности, не допускаетъ совмѣстнаго существованія нѣсколькихъ такихъ правъ на одну и ту же вещь. Однако, возможно, что нѣсколько лицъ будутъ совмѣстными субъектами одного и того же права собственности на одну и ту же вещь, такъ что исключительность будетъ направлена противъ всѣхъ постороннихъ лицъ. Такое отношеніе носитъ названіе общей собственности (т. X ч. 1 ст. 543) и предполагаетъ непремѣнно наличность двухъ условій: a) одной вещи, какъ объекта права и b) нѣсколькихъ субъектовъ того же права.

Поэтому, съ точки зрѣнія перваго признака, не подходитъ подъ понятіе общей собственности тотъ случай, когда устанавливается совмѣстное пользованіе соединенными въ одно вещами, изъ которыхъ каждая принадлежитъ иному субъекту; такъ, напр., молодые супруги обставляютъ общую квартиру вещами, составлявшими до этого времени обстановку жизни каждаго изъ нихъ въ отдѣльности, или двое извозчиковъ занимаются своимъ промысломъ, при чемъ одному принадлежатъ лошади, а другому — экипажи. А между тѣмъ нашъ законъ смѣшиваетъ общую собственность съ чрезполоснымъ владѣніемъ (т. X ч. 1 стт. 551 и 553), хотя въ послѣднемъ случаѣ нѣтъ

единства въ объектѣ, такъ какъ при всей чрезполосности каждому участку соотвѣтствуетъ свой собственникъ.

Съ точки зрѣнія второго признака не подходитъ подъ понятіе общей собственности и тотъ случай, когда одна вещь принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ, образующимъ въ своей совокупности единство, потому что здѣсь одному объекту соотвѣтствуетъ и одинъ субъектъ—юридическое лицо. А между тѣмъ нашъ законъ смѣшиваетъ общую собственность съ правомъ акціонерной компаніи на имущество (т. X ч. 1 ст. 548), хотя акціонерная компанія несомнѣнно юридическое лицо. Практика наша не поддается такому смѣшенію понятій, и на этомъ основаніи Сенатъ призналъ, напр., что зданіе синагоги не есть общая собственность, такъ какъ синагога составляетъ одно лицо (кас. рѣш. 1897, № 89).

II. Юридическая природа. Германское и швейцарское законодательства признаютъ два вида общей собственности: 1) совмѣстное обладаніе нѣсколькихъ съ опредѣленною долею каждаго (Miteigenthum) и 2) совмѣстное обладаніе нѣсколькихъ безъ опредѣленія доли каждаго (Gesammteigenthum). Другія законодательства знаютъ только общую собственность по долямъ. Точно также и русское законодательство признаетъ только этотъ видъ общей собственности.

Юридическая природа общей собственности по долямъ возбуждаетъ не мало сомнѣній. Главный вопросъ заключается въ слѣдующемъ: если вещь составляетъ объектъ совмѣстнаго права всѣхъ участниковъ, что̀ составляетъ объектъ права каждаго изъ нихъ?

Каждый изъ нихъ имѣетъ право не на всю вещь, но на извѣстную долю, а въ то же время его право распространяется не на часть вещи, а проникаетъ всюду, — въ каждой матеріальной ея частицѣ онъ имѣетъ свою долю. Поэтому, выраженіе «право на долю» не можетъ быть принимаемо въ смыслѣ матеріальной доли вещи, такъ какъ такую нельзя и указать. Затрудненіе не устраняется, когда за каждымъ изъ общихъ собственниковъ признается право на идеальную долю въ матеріальной вещи, такъ какъ вещь подлежитъ только матеріальному дѣленію, а не идеальному. При томъ совокупность правъ на идеальныя доли не опредѣляетъ еще принадлежности матеріальной вещи. Едва ли можно считать удачною конструкцію общей собственности въ смыслѣ совокупности долей самаго права собственности. Право собственности недѣлимо само по

себѣ, а представленіе о долѣ права лишено всякой юридической опредѣленности. Въ дѣйствительности—право одно и принадлежитъ нераздѣльно всѣмъ субъектамъ, оно распространяется на всю вещь. Право каждаго изъ собственниковъ въ отдѣльности имѣетъ своимъ объектомъ только долю цѣнности вещи. Наше законодательство различаетъ право всѣхъ собственниковъ сообща на матеріальную вещь и право каждаго изъ нихъ на идеальную долю (уст. гражд. суд. ст. 1188). Однако, это не устраняетъ затрудненій, возникающихъ на практикѣ, вслѣдствіе трудности конструкціи общей собственности (см., напр., кас. рѣш. 1890, № 44).

III. Возникновеніе. Право общей собственности возникаетъ: 1) въ силу сдѣлки, напр., при покупкѣ сообща дома или при дареніи двумъ сестрамъ одного рояля, 2) вслѣдствіе случая, создавшаго нераздѣльное соединеніе вещей безъ соотношенія главной вещи и принадлежности, 3) на основаніи наслѣдованія. Послѣдній случай представляется наиболѣе частымъ. Доля каждаго собственника опредѣляется также соглашеніемъ, завѣщаніемъ, закономъ, устанавливающимъ наслѣдственную долю, доказанною величиною цѣнности смѣшанныхъ вещей. Въ противномъ случаѣ, если доля каждаго собственника не можетъ быть съ опредѣленностью установлена, всѣ доли предполагаются равными (кас. рѣш. 1892, № 123).

IV. Взаимныя отношенія. Юридическія отношенія между собственниками обусловливаются особенностью этого вида собственности.

Пользованіе объектомъ общей собственности можетъ быть иногда равное для всѣхъ, даже при неравенствѣ долей; такъ, напр., въ случаѣ пользованія общимъ садомъ, общимъ выгономъ, водопоемъ. Напротивъ, въ большинствѣ случаевъ, особенно когда пользованіе соединяется съ экономической эксплоатаціей, оно сообразуется съ долею каждаго. Доходы, получаемые отъ общей вещи, принадлежатъ всѣмъ соучастникамъ по соразмѣрности долей (т. X ч. 1 ст. 545). Такому же дѣленію подлежитъ приращеніе. Такимъ образомъ, какъ плоды въ тѣсномъ значеніи слова, такъ и доходы, получаемые, напр., отъ аренды, распредѣляются пропорціонально долѣ каждаго.

Самый способъ пользованія можетъ быть установленъ только съ общаго согласія всѣхъ собственниковъ. Впрочемъ, ничто не мѣшаетъ соучастникамъ устранить это правило соглашеніемъ, которое установило бы иной порядокъ, напр., по рѣшенію боль-

шинства или представленіемъ управленія одному кому-либо, по общему избранію (т. X ч. 1 ст. 547). Въ послѣднемъ случаѣ назначенный съ общаго согласія управитель только общимъ же согласіемъ и можетъ быть устраненъ (т. X ч. 1 стт. 546 и 554). Въ виду трудности достигнуть всегда согласія всѣхъ нѣкоторыя иностранныя законодательства весьма разумно обязываютъ меньшинство подчиниться, въ дѣлѣ пользованія, рѣшенію большинства (итал. гражд. код. § 678, герм. гражд. улож. § 745, швейц. гражд. улож. § 647).

Всякіе расходы, падающіе на вещь, находящуюся въ общей собственности, должны падать на всѣхъ собственниковъ, пропорціонально долѣ каждаго. Сюда относятся различнаго рода повинности, налоги, уплата процентовъ по закладной на принадлежащую всѣмъ недвижимость (кас. рѣш. 1887, № 29). Всѣ поправки и вообще издержки по вещи производятся съ общаго согласія и распредѣляются также пропорціонально долѣ каждаго (т. X ч. 1 ст. 545). Но если бы который-нибудь изъ участниковъ отказывался отъ необходимыхъ издержекъ, безъ затраты которыхъ вещь могла бы потерять свою цѣнность, то подобный отказъ способенъ вызвать отвѣтственность его передъ прочими участниками за причиненный имъ убытокъ (кас. рѣш. 1880, № 273). Это не касается издержекъ только полезныхъ, т.-е. способныхъ возвысить цѣнность вещи, тѣмъ менѣе издержекъ прихотливыхъ.

Владѣніе можетъ совпадать съ правомъ собственности или нѣтъ. Во всякомъ случаѣ владѣльцами являются всѣ соучастники по отношенію къ цѣлой вещи, хотя бы она находилась въ рукахъ одного изъ нихъ. Поэтому владѣнія одного изъ соучастниковъ достаточно, чтобы не допустить пріобрѣтенія права собственности по давности посторонними лицами. Каждому изъ соучастниковъ принадлежитъ защита владѣнія противъ постороннихъ лицъ.

Въ практикѣ нашей возбуждается сомнѣніе, возможна ли защита владѣнія одного изъ соучастниковъ противъ другого, напр., когда одинъ изъ совладѣльцевъ дома изгоняется изъ него. Такъ какъ каждому соучастнику принадлежитъ владѣніе и такъ какъ оно обнимаетъ не опредѣленную какую-либо часть, а всю вещь, то нѣтъ никакого основанія лишать его защиты принадлежащаго ему права. Наша судебная практика, проявивъ въ этомъ вопросѣ значительное колебаніе, остановилась пока на рѣшеніи, согласномъ съ тѣмъ, которое нами приведено (кас. рѣш. 1887, № 92).

Распоряженіе въ общей собственности возможно или со стороны всѣхъ въ отношеніи къ матеріальному объекту или же со стороны каждаго участника въ отношеніи къ принадлежащей ему долѣ.

a. Распоряженіе перваго рода возможно только съ общаго согласія (т. X ч. 1 стт. 546, 555). Только при этомъ условіи объектъ общей собственности можетъ быть проданъ, подаренъ, заложенъ (т. X ч. 1 ст. 1632, т. XI ч. 2, уст. кред., р. VI ст. 42), отданъ въ аренду и т. п. Однако, постороннія лица, вступающія въ сдѣлки съ соучастниками, затруднены въ возможности узнать, достигнуто ли общее согласіе или нѣтъ. Поэтому-то нашимъ Сенатомъ первоначально было высказано, что предметъ общей собственности, проданный нѣсколькими соучастниками безъ согласія другихъ, не подлежитъ возвращенію отъ покупщика, добросовѣстно пріобрѣвшаго вещь (кас. рѣш. 1875, № 531). Но постороннее лицо поступаетъ неосторожно, не заручившись согласіемъ всѣхъ и нельзя, изъ-за его неосмотрительности, нарушать интересы соучастника, въ сдѣлкѣ не участвовавшаго и, можетъ быть, не знавшаго даже объ ней. Сенатъ впослѣдствіи измѣнилъ свой взглядъ и призналъ подобную сдѣлку недѣйствительною (кас. рѣш. 1880, № 102).

b. Съ своей стороны каждый соучастникъ можетъ самостоятельно распорядиться своею долею, все равно раздѣльно или нераздѣльно общее имущество. Каждый можетъ продать, подарить, завѣщать или заложить свою долю, но при этомъ соучастники пользуются правомъ преимущества (т. X ч. 1 ст. 555). Законъ даетъ имъ право воспротивиться переходу доли къ постороннему лицу, уплативъ по оцѣнкѣ стоимость доли. Очевидно, что соучастникъ, предполагающій продать свою долю, долженъ предупредить о своемъ намѣреніи остальныхъ собственниковъ. Молчаніе съ ихъ стороны должно быть разсматриваемо, какъ согласіе на отчужденіе постороннему лицу и отреченіе отъ своего права преимущественной покупки. Если не состоится добровольное соглашеніе относительно цѣны, то соучастникъ въ правѣ продать свою долю на сторону, такъ какъ законъ нашъ не даетъ обезпеченія интересамъ остальныхъ соучастниковъ (кас. рѣш. 1905, № 47). Переходъ къ постороннему лицу можетъ наступить помимо распоряженія соучастника, по праву законнаго наслѣдованія, также по взысканію (уст. гр. суд. ст. 1188), при конкурсѣ (уст. суд. торг. ст. 570), но и въ этихъ случаяхъ другимъ соучастникамъ дано

право предупредить такой переходъ уплатою цѣнности доли (contra кас. рѣш. 1879, № 217).

V. Прекращеніе. Прекращеніе общей собственности наступаетъ: 1) вслѣдствіе уничтоженія объекта, напр., гибель парохода, пожаръ дома, а если вещь была застрахована, то страховая сумма распредѣляется между соучастниками пропорціонально ихъ долямъ; 2) такъ какъ общая собственность предполагаетъ непремѣнно нѣсколько субъектовъ, то стеченіе различныхъ долей въ рукахъ одного изъ соучастниковъ, въ силу договора или наслѣдованія, превращаетъ общее право собственности въ отдѣльное; 3) наконецъ, это отношеніе прекращается вслѣдствіе раздѣла.

Общая собственность чрезвычайно стѣснительна для соучастниковъ, и вполнѣ естественно желаніе каждаго изъ нихъ выйти изъ такой зависимости. Наше законодательство различаетъ право общей собственности въ вещахъ нераздѣльныхъ и въ вещахъ, подлежащихъ раздѣлу, и только относительно послѣднихъ устанавливаетъ положеніе, что никто не обязанъ оставаться соучастникомъ въ общемъ имѣніи, если не изъявилъ на то согласія (т. X ч. 1 ст. 550). Не слѣдуетъ думать, чтобы законъ преграждалъ возможность для соучастника выйти изъ общенія, если вещь принадлежитъ къ составу нераздѣльныхъ. Если кредиторы соучастника могутъ требовать выдѣленія его доли изъ общей собственности (уст. гр. суд. ст. 1188), то, значитъ, такое право принадлежитъ и самому должнику (кас. рѣш. 1871, № 557).

Раздѣлъ общей собственности происходитъ или на основаніи добровольнаго соглашенія, которое должно быть выражено письменно за подписью всѣхъ соучастниковъ (т. X ч. 1 ст. 552) или же, въ случаѣ несогласія, на основаніи судебнаго опредѣленія. Въ виду того значенія, которое законодатель придаетъ возможности для каждаго изъ участниковъ въ общей собственности выйти изъ этой связи, слѣдуетъ, кажется, признать недѣйствительнымъ договоръ между всѣми собственниками, направленный къ совершенному устраненію возможности раздѣла, иначе какъ съ общаго согласія. Правда, законъ говоритъ, что никто не обязанъ оставаться соучастникомъ въ общемъ имѣніи, подлежащемъ раздѣлу, если не изъявилъ на то согласія (т. X ч. 1 ст. 550), но, при буквальномъ пониманіи данной статьи, не трудно придти къ заключенію, что общая собственность можетъ быть вѣчно нераздѣльной. Между тѣмъ законъ

могъ имѣть въ виду согласіе на временную связанность. И дѣйствительно, нѣтъ основанія не признавать силы за соглашеніемъ, которымъ собственники отказывались бы отъ раздѣла на опредѣленное время. Во всякомъ случаѣ вопросъ этотъ слѣдуетъ признать неясно поставленнымъ въ русскомъ законодательствѣ. На Западѣ нѣкоторыя законодательства допускаютъ только соглашеніе о временной нераздѣльности, напр., на 5 лѣтъ (франц. код. § 815), на 10 лѣтъ (швейц. код. § 650). По германскому праву допустимъ отказъ отъ права требовать раздѣла навсегда, но при наличности уважительной причины сила соглашенія отпадаетъ (§ 749).

§ 26.

Общинная собственность.

Литература: В. В., *Къ исторіи общинъ въ Россіи* 1902; Пахманъ, *Обычное гражданское право въ Россіи*, т. I, 1877, стр. 9—24; Лыкошинъ, *Общинное и подворное владѣніе* („Ж. М. Ю.“, 1896, № 2); Лонгиновъ, *Крестьянское подворное владѣніе надѣльными участками* („Ж. Спб. Юр. Общ.“ 1898, № 9); Никоновъ, *Домохозяинъ и семья* („Право“, 1899, № 29); Никоновъ, *Земля, община и X томъ* („Ж. М. Ю.“ 1902, № 6); Тимофеевъ, *Крестьянская усадебная осѣдлость*, 1902; Изгоевъ, *Общинное право*, 1906; Лозина-Лозинскій, *Крестьянскій дворъ* („В. Пр.“ 1899, №№ 3 и 5); Гуляевъ, *Крестьянскій дворъ* („Ж. М. Ю.“, 1899, № 4); Лыкошинъ, *О семейной собственности у крестьянъ* („Ж. М. Ю.“ 1900, №№ 5 и 6); Карелинъ, *Общинное землевладѣніе въ Россіи*, 1893; Качоровскій, *Русская община*, т. I, 2 изд., 1906; т. II, 1908; А. Кауфманъ, *Русская община*, 1908; Вормсъ, *Выдѣлъ изъ общины по дѣйствующему праву* („В. Пр.“ 1906, № 4; Вормсъ, *Реформа крестьянскаго землевладѣнія и гражданское право* (Вопр. права, 1910, № 1); Розенблюмъ, *Частно-правовыя черты надѣльнаго землевладѣнія*, (1910, № 2); Шретеръ, *Семейная собственность у крестьянъ* („В. Пр.“ 1911, № 4); Озерскій, *Выходъ изъ общины и права личнаго собственника на участіе въ угодіяхъ общества* („Право“, 1911, № 8); Позняковъ, *Дареніе надѣльной земли* („В. Пр.“ и поп. 1911, № 44); Павловъ, *Допустимость завѣщательныхъ распоряженій надѣльной землей* („Право“, 1911, № 25). Крестьянскій строй, томъ III, 1905; Нестржецкій, *Юридическая конструкція разныхъ формъ крестьянскаго землепользованія* („Ж. М. Ю.“ 1905, № 6); Леонтьевъ, *Крестьянское право*, 1909.

I. Происхожденіе общины. На огромномъ пространствѣ русской территоріи встрѣчаются самыя разнообразныя формы крестьянскаго землевладѣнія. Огромная масса русскаго

народа сохраняетъ донынѣ общинныя начала, значительно меньшая, на югѣ и западѣ, придерживается подворнаго владѣнія. Если къ этому присоединить особенности права на землю отдѣльныхъ категорій населенія, какъ казаковъ на югѣ, казаковъ Области Войска Донского, бессарабскихъ резешей, башкировъ, бывшихъ колонистовъ,—то картина землевладѣнія представитъ необыкновенную пестроту. Юридическая сторона этого многообразнаго землевладѣнія далеко не можетъ считаться установленною и во всякомъ случаѣ мало извѣстна.

Въ настоящей главѣ предполагается опредѣлить юридическую природу той формы землевладѣнія, которая носитъ названіе общинной.

Общинное землевладѣніе не составляетъ особенности русской жизни. Общинная форма была извѣстна народамъ Западной Европы, она существовала въ Англіи, въ Германіи,—подъ именемъ марки (Мауреръ). Она и до сихъ поръ сохраняется кое-гдѣ въ Европѣ въ видѣ остатковъ нѣкогда общераспространеннаго типа.

Но нигдѣ община не дала такихъ глубокихъ корней, какъ въ Россіи. Вопросъ о ея происхожденіи вызвалъ не мало споровъ. Одни (Чичеринъ, Сергѣевичъ, Милюковъ) считаютъ современную общину совершенно искусственнымъ продуктомъ правительственной политики. Она создана фискальной системой и крѣпостнымъ правомъ. Круговая порука—главная причина того коллективизма, который проявляется въ общинѣ. Съ другой точки зрѣнія община представляетъ самостоятельную общественно-экономическую организацію, естественно выросшую изъ особыхъ условій хозяйственной жизни Россіи. Бѣляевъ доказывалъ, что современная община наблюдается въ памятникахъ XVI и даже XV вѣка, а корни ея восходятъ къ самой глубокой древности. Качоровскій и А. Кауфманъ относятся отрицательно къ идеѣ государственнаго происхожденія общины и настаиваютъ на естественной теоріи происхожденія общины, которая есть результатъ роста земельной тѣсноты.

II. Развитіе законодательства. Вопросъ о преимуществахъ общинной или индивидуальной формы крестьянскаго землевладѣнія пріобрѣлъ чрезвычайную важность при реформѣ 19 февраля 1861 года. Одни отстаивали эту форму, какъ драгоцѣнное наслѣдіе русской старины, другіе смотрѣли на общину, какъ на условіе укрѣпленія въ русскомъ народѣ коллективизма. Съ другой стороны, противники общины указывали

на безполезность поддержки формы, уже пережитой всей Европой, или даже на тормозящее вліяніе, оказываемое ею на развитіе народнаго хозяйства.

Устранивъ выдвинутую помѣщиками мысль объ освобожденіи крестьянъ безъ земли, по соображеніямъ чисто политическимъ, изъ опасенія безземельнаго пролетаріата—правительство принуждено было остановиться передъ разрѣшеніемъ трудной задачи, слѣдуетъ ли сохранить установившееся общинное пользованіе землею, или же надѣлить каждаго крестьянина особымъ участкомъ земли. Признавъ принципіально землю принадлежащею помѣщикамъ (общ. пол. ст. 3, изд. 1876 г.), законодатель установилъ мѣры къ содѣйствію крестьянамъ въ пріобрѣтеніи ими въ собственность части помѣщичьей земли. Главная мѣра состояла въ оказаніи крестьянину кредита, при помощи котораго онъ могъ бы расплатиться съ помѣщикомъ, оставаясь на много лѣтъ должникомъ государству. Общинное пользованіе имѣло двойную выгоду съ точки зрѣнія государственной политики: оно не ломало рѣзко жизни многомилліонной массы, и безъ того способной волноваться вслѣдствіе дарованія свободы, а съ другой, при общинной связи лучше обезпечивались права государства, какъ кредитора.

Ставъ на сторону общиннаго землевладѣнія, законодатель взглянулъ на нее, какъ на временную, переходную форму и открылъ пути къ индивидуализаціи земельной собственности.

Развитіе законодательства по крестьянскому землевладѣнію не остановилось на Положеніи 1861 года. Какъ законъ 19 февраля опредѣлилъ поземельное устройство помѣщичьихъ крестьянъ, такъ положеніе 24 ноября 1866 г. установило поземельныя отношенія государственныхъ крестьянъ. Въ 1881 г. изданы были законы о пониженіи выкупныхъ платежей и о прекращеніи обязательныхъ отношеній бывшихъ помѣщичьихъ крестьянъ къ помѣщикамъ въ губерніяхъ, состоящихъ на Великороссійскомъ и Малороссійскомъ мѣстныхъ положеніяхъ: въ 1885 г. изданъ былъ законъ о преобразованіи оброчной подати, которую уплачивали государственные крестьяне, въ выкупные платежи.

Если уже Положеніе 1861 года отразило въ себѣ колебанія общественной мысли по вопросу о преимуществахъ общинной или индивидуальной формы землевладѣнія, то въ дальнѣйшемъ законодательномъ движеніи это колебаніе принимало все большіе размѣры, отражая на себѣ главнымъ образомъ

виды текущей политики. Еще въ 1869 году мѣстной администраціи выражено было неодобреніе за обнаруженное съ ея стороны поощреніе перехода крестьянъ отъ общиннаго пользованія къ подворному. Особенное смущеніе вызывала ст. 165 пол. о выкупѣ, которая дозволяла члену общины (помѣщичьихъ крестьянъ только) требовать выдѣла ему въ собственность его надѣла по внесеніи причитающейся на его долю выкупной суммы. Законъ 8 іюня 1893 года о земельныхъ передѣлахъ и законъ 14 декабря 1893 года о мѣрахъ къ предупрежденію отчужденія крестьянскихъ надѣльныхъ земель, уничтожившій ст. 165, являются выразителями этого теченія мысли въ правительственныхъ сферахъ.

Въ послѣднее время, однако, политика правительства измѣнилась. Подъ вліяніемъ событій, связанныхъ съ манифестомъ 17 октября, изданъ былъ законъ 3 ноября 1905 г., имѣющій своею цѣлью ослабленіе и полное прекращеніе выкупныхъ платежей къ 1 января 1907 года. Затѣмъ, встрѣчая дружное оппозиціонное настроеніе среди крестьянства, правительство издало, въ порядкѣ ст. 87, указъ 9 ноября 1906 года, открывающій широкій просторъ для ликвидаціи общиннаго землевладѣнія предоставленіемъ отдѣльнымъ домохозяевамъ права требовать обязательнаго выдѣленія его надѣла въ частную собственность. Этимъ предполагалось создать классъ мелкихъ собственниковъ, которые бы оказались заинтересованными въ поддержаніи частнаго землевладѣнія. Наконецъ, законъ 14 іюня 1910 года, вмѣстѣ съ закономъ 29 мая 1911 года о землеустройствѣ, одобренные Государственною Думою и Государственнымъ Совѣтомъ и утвержденные Государемъ Императоромъ, окончательно ввели въ крестьянское землевладѣніе новыя начала, направленныя къ полному преобразованію строя крестьянъ, который покоился на общинныхъ началахъ. До сихъ поръ Россія дѣлилась на мѣстности съ общиннымъ и мѣстности съ подворнымъ землевладѣніемъ. Теперь, по новому закону, обѣ формы могутъ въ одной и той же мѣстности переплетаться самымъ причудливымъ образомъ, возбуждая не малое смущеніе въ правосознаніи крестьянъ.

Законодательство по крестьянскому землевладѣнію, заключенное въ Особое Приложеніе т. IX Св. Зак., изд. 1902 г., по своей дробности, противорѣчивости, смѣшанности основныхъ точекъ зрѣнія и юридическихъ представленій, въ высшей степени затрудняетъ пониманіе юридической природы

общинной собственности, которая существуетъ въ настоящій моментъ въ Россіи.

III. Опредѣленіе понятія. Общинною собственностью называется право собственности на землю, принадлежащее союзу сельскихъ обывателей, отдѣльные члены котораго имѣютъ лишь право совмѣстнаго или обособленнаго пользованія ею.

Слѣдовательно, общинная собственность характеризуется слѣдующими признаками: a) субъектомъ права собственности является союзъ сельскихъ обывателей, какъ юридическое лицо; b) объектомъ права собственности можетъ быть лишь недвижимость и притомъ только земля, находящаяся внѣ черты городовъ или мѣстечекъ; c) членамъ союза, какъ дестинаторамъ, принадлежитъ пользованіе землею или сообща или особо на отведенномъ каждому участкѣ.

a. Союзъ сельскихъ обывателей, представляющихъ въ своемъ единеніи юридическое лицо, совпадаетъ, въ громадномъ числѣ случаевъ, съ сельскимъ обществомъ, понимаемымъ, конечно, не въ административномъ его значеніи, а въ хозяйственномъ. Интересъ, связующій ихъ въ одно,—это совмѣстное обладаніе землею, полученною въ надѣлъ или позднѣе пріобрѣтенною по сдѣлкамъ. Возможны, однако, случаи, когда общинный союзъ не совпадаетъ съ сельскимъ обществомъ: онъ можетъ быть уже и шире. Въ предѣлахъ одного сельскаго общества можетъ существовать нѣсколько поземельныхъ союзовъ-селеній, являющихся тогда каждое отдѣльнымъ юридическимъ лицомъ. Поземельный союзъ можетъ охватывать части различныхъ сельскихъ обществъ, и тогда юридическое лицо не совмѣщается съ границами какого бы то ни было одного сельскаго общества.

b. Общинное право распространяется на землю, называемую мірскою (пол. великорос. ст. 65), а именно: на пашни, лѣса, луга, выгоны, воды. Оно не касается усадебной земли каждаго крестьянскаго двора, которая и при общинномъ пользованіи мірскою землею остается въ потомственномъ пользованіи проживающаго въ томъ дворѣ семейства и переходитъ къ наслѣдникамъ, согласно существующему въ каждой мѣстности обычному порядку наслѣдованія (ст. 66). Но общинное право распространяется на мірскую усадебную землю, которая состоитъ въ чертѣ селенія и не принадлежитъ къ усадебнымъ участкамъ крестьянскихъ дворовъ.

c. Участіе въ пользованіи общинной землею принадлежитъ членамъ земельнаго союза, которые получили право на то по

актамъ земельнаго устройства. Но сельское общество въ правѣ принимать въ свой составъ и другихъ лицъ податныхъ сословій, съ предоставленіемъ или безъ предоставленія имъ права на надѣлъ (рѣш. 2 деп. Сен. 1885, № 2662). Въ этомъ весьма ярко обнаруживается различіе между административною и частноправовою стороною общины. Женщины, по общему правилу, не принимаются въ соображеніе при распредѣленіи земли, которая нарѣзывается по мужскимъ душамъ. Сенатъ поэтому призналъ, что женщины не въ правѣ требовать отъ общины надѣленія ихъ общинною землею (рѣш. 2 деп. Сен. 1892, № 325), исключая, впрочемъ, тѣ случаи, когда, по мѣстнымъ обычаямъ, женщины допускаются къ участію въ пользованіи землею въ качествѣ домохозяекъ.

IV. Юридическая природа. Вопросъ о юридической природѣ общиннаго права составляетъ предметъ спора въ русской литературѣ.

Несомнѣнно, что своеобразность той формы землевладѣнія, которая носитъ названіе общиннаго, уже сама по себѣ порождаетъ трудности. Но, сверхъ того, положительное законодательство, вмѣшиваясь въ жизнь общины, по соображеніямъ главнымъ образомъ текущей политики, вносило въ него столько противорѣчивыхъ чертъ, что вполнѣ понятна неустойчивость точки зрѣнія на сущность общиннаго права. Отношеніе сельскаго общества къ землѣ характеризуется въ нашемъ законодательствѣ, какъ общее владѣніе сельскихъ обывателей (т. X ч. 1, ст. 555, прим.), но въ то же время субъектомъ права на землю является, по закону, общество сельскихъ обывателей (т. X ч. 1 ст. 414 п. 3). «Когда земля выкуплена цѣлымъ сельскимъ обществомъ, то она признается собственностью всего общества» (пол. о вык. ст. 107); «земля, пріобрѣтенная сельскимъ обществомъ на основаніи выкупной сдѣлки или выкупного акта, предоставляется, подъ названіемъ мірской земли, въ собственность того общества» (велик. пол. ст. 9). Такимъ образомъ, съ одной стороны общинное право не что иное какъ общая собственность, а съ другой—оно является правомъ юридическаго лица—двѣ точки зрѣнія, взаимно другъ друга исключающія. Вся совокупность постановленій законодательства наводитъ на представленіе, что только община имѣетъ право на мірскую землю, и ни одинъ крестьянинъ не можетъ указать той части, ни физической, ни идеальной, которая бы принадлежала лично ему, независимо отъ той доли

участія въ пользованіи, какая будетъ предоставлена ему обществомъ. И въ то же время ст. 165, дѣйствовавшая до закона 1893 года, и ст. 9 новаго закона 17 іюня 1910 г., предоставляющія члену общины право на выдѣлъ, подрываютъ представленіе объ общинѣ, какъ о юридическомъ лицѣ, и наталкиваютъ на мысль объ общей собственности.

Среди русскихъ цивилистовъ Побѣдоносцевъ выступаетъ съ отрицаніемъ представленія о правѣ общины, какъ объ общей собственности и какъ о юридическомъ лицѣ. «Отъ общаго владѣнія имуществомъ отличается общественное или общинное владѣніе, имѣющее совершенно иной характеръ». «Вмѣстѣ съ тѣмъ владѣніе общины не есть владѣніе лица идеальнаго, юридическаго». «Не община составляетъ субъектъ права, а всѣ ея члены суть субъекты права, и владѣніе общины выражается, обнаруживается не въ иномъ чемъ, а именно во владѣніи всѣхъ ея членовъ». Однако, эта точка зрѣнія совершенно не выясняетъ намъ, что же юридически связываетъ въ одно всѣхъ членовъ общины, если они, а не община, субъекты правъ на землю?

Близко ко взгляду Побѣдоносцева примыкаетъ представленіе Изгоева. «Если чье-либо юридическое сознаніе не можетъ представить себѣ земли безъ собственника, то, очевидно, собственникомъ крестьянскихъ земель, такъ сказать, верховнымъ собственникомъ, является ни какъ не община, а одно только государство». Крестьянамъ принадлежитъ право пользованія, а потому «общинное пользованіе исключаетъ возможность отчужденія крестьянской земли». Какъ же осуществляетъ крестьянинъ свое право пользованія? Захватъ становится неудобенъ съ ростомъ населенія. «И вотъ, крестьяне-домохозяева одного района собираются на сходъ, образуютъ временно юридическое лицо, которое и должно разграничить и распредѣлить участки». Такимъ образомъ, община вовсе не субъектъ права на землю,—«это своеобразный межевой чиновникъ, творящій волю обычнаго права». Вся эта конструкція представляется необыкновенно искуственной. Верховное господство государства надъ территоріей нельзя никакъ смѣшивать съ правомъ собственности на землю; положительное законодательство, вопреки утвержденію Изгоева, устанавливаетъ право отчужденія крестьянской земли; образованіе временнаго юридическаго лица совершенно не согласуется съ тою жизненною потребностью, ради которой создаются субъекты права; совсѣмъ непонятно,

въ силу чего образуется это временное юридическое лицо; если сама община не имѣетъ правъ на землю, то на основаніи чего выступаетъ она въ качествѣ распредѣлителя ея между крестьянами. Всѣ эти вопросы остаются безъ отвѣта.

Нельзя признать удовлетворительными и попытки обойти трудность вопроса сочетаніемъ разныхъ представленій или ихъ ослабленіемъ. Никакой опредѣленности не содержится въ утвержденіи, что субъектами права на одну и ту же землю являются одновременно и община и крестьяне (Пахманъ). Не разрѣшаетъ недоумѣній и утвержденіе, что если община и юридическое лицо, то во всякомъ случаѣ особаго рода (Кавелинъ), или что субъектъ права не община, какъ юридическое лицо, а отвлеченная идея (Лешковъ).

Остается признать, что въ общинномъ правѣ мы имѣемъ передъ собою право, принадлежащее юридическому лицу. Такова идея общины, какъ сложившагося исторически жизненнаго явленія. Въ то же время надо признать, что законодательство своимъ вмѣшательствомъ съ цѣлью разрушенія общины, во многомъ подрываетъ чистоту этого представленія. Идея надѣльной земли и особенно постоянное административное вмѣшательство въ земельныя отношенія крестьянъ не только не укрѣпляютъ въ послѣднихъ чувства собственности, но поддерживаютъ старинное представленіе о принадлежности земли государству.

V. Внутреннія отношенія въ общинѣ. Права сельскаго общества на мірскую землю выражаются прежде всего въ правѣ распоряженія. Несмотря на многочисленныя сомнѣнія, возбуждаемыя текстомъ законовъ, содержащихся въ положеніяхъ о крестьянахъ, слѣдуетъ признать, что въ основѣ общиннаго права лежитъ право собственности. Какъ бывшіе помѣщичьи, такъ и бывшіе государственные крестьяне пріобрѣли несомнѣнно право собственности на мірскую землю, особенно послѣ 1 января 1907 года, когда совершенно ликвидированы отношенія по выкупу. Слѣдуетъ, однако, признать, что для общиннаго права совсѣмъ не характерна наличность права собственности: общинное землевладѣніе возможно и тамъ, гдѣ община не имѣетъ права собственности на землю, а получаетъ ее въ пользованіе отъ государства или даже отъ частныхъ лицъ по договору аренды.

Какъ собственникъ, сельское общество въ правѣ отдавать принадлежащую ему землю въ аренду постороннимъ лицамъ.

И подобные случаи нерѣдки тамъ, гдѣ населеніе занимается торговлею, какъ, напр., въ селѣ Лысковѣ, или производствомъ издѣлій, какъ напр., въ селѣ Павловѣ. Какъ собственнику, сельскому обществу принадлежитъ право продать землю, впрочемъ не иначе, какъ съ разрѣшенія губернскаго присутствія, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже министровъ (ст. 19). Тотъ же законъ запрещаетъ, однако, крестьянскимъ обществамъ отдавать надѣльную землю въ залогъ частнымъ лицамъ и частнымъ учрежденіямъ, такъ что надѣльная земля можетъ быть заложена только Крестьянскому Поземельному Банку (ст. 20). Разработка нѣдръ земли, принадлежащей крестьянамъ, подлежитъ также ограниченіямъ: a) если разработка нѣдръ земли предоставляется члену общества, общественный приговоръ нуждается въ утвержденіи земскаго начальника, b) если разработка нѣдръ предоставляется постороннему лицу, приговоръ требуетъ утвержденія губернскаго присутствія. Деньги, получаемыя за эксплоатацію нѣдръ, только въ одной трети поступаютъ къ собственнику, т.-е. обществу, а $^2/_3$ обращаются въ правительственныя или гарантированныя правительствомъ процентныя бумаги и вносятся на храненіе въ учрежденія Государственнаго Банка; сельское общество пользуется процентами съ этихъ бумагъ, и капитальная сумма можетъ быть употреблена лишь на пріобрѣтеніе общественной недвижимости (т. IX, особое пол. ст. 21, прим., прил., ст. 10).

Пользованіе землею, принадлежащею сельскому обществу, представляется различнымъ. Нѣкоторыя части земли состоятъ въ общемъ пользованіи—таковы пастбища, воды, лѣса, иногда луга. Напротивъ, пашенная земля раздѣляется между членами общества съ періодическими передѣлами. Разверстку общинной земли между общинниками совершаетъ сельскій или селенный сходъ. Основаніемъ для разверстки могутъ служить различныя начала: разверстка по числу ревизскихъ душъ, по наличнымъ мужскимъ душамъ, по взрослымъ работникамъ, по ѣдокамъ. Не исключается, однако, возможность совмѣстнаго пользованія и пашенною землею—общественныя запашки.

Ранѣе внутренній порядокъ пользованія землею со стороны сельскихъ обывателей предоставленъ былъ исключительно усмотрѣнію самого собственника. Передѣлы земли допускались по приговору $^2/_3$ всѣхъ домохозяевъ (пол. великорос. ст. 114) и совершались въ дѣйствительности весьма различно,—одни общества передѣляли земли въ короткіе промежутки, другія—въ

болѣе долгіе, иные вовсе не приступали къ передѣлу со времени реформы. Въ настоящее время, въ силу закона 8 іюня 1893 года, общій или коренной передѣлъ общинной земли поставленъ подъ контроль администраціи (общ. пол. стт. 24—37). Срокъ передѣла установленъ не менѣе 12 лѣтъ, хотя съ разрѣшенія губернскаго присутствія возможенъ передѣлъ и до этого срока. Приговоръ сельскаго схода объ условіяхъ передѣла вступаетъ въ силу только по провѣркѣ его на мѣстѣ земскимъ начальникомъ и по утвержденіи уѣзднымъ съѣздомъ. Неутвержденіе приговора можетъ наступить вслѣдствіе несогласія его съ законами, явнаго ущерба для сельскаго общества и нарушенія законныхъ правъ отдѣльныхъ его членовъ. Въ послѣднемъ случаѣ законъ допустилъ, повидимому, юридическую ошибку, смѣшавъ интересы членовъ общества съ законными правами ихъ, потому что при передѣлѣ можетъ быть нарушеніе только первыхъ, а не вторыхъ. При томъ нарушеніе правъ члена общины сдѣлало бы приговоръ несогласнымъ съ закономъ, и тогда п. 3 слился бы съ п. 1.

Со времени приведенія въ дѣйствіе приговора объ условіяхъ передѣла до утвержденія новаго по тому же предмету приговора, участки отдѣльныхъ домохозяевъ не могутъ быть отбираемы обществомъ ни въ полномъ составѣ, ни по частямъ, за исключеніемъ случаевъ: 1) смерти домохозяина, увольненія его изъ общества, высылки по суду или общественному приговору, или безвѣстной его отлучки и оставленія хозяйства безъ попеченія, если при томъ послѣ умершаго или выбывшаго лица не осталось въ обществѣ членовъ семейства, за которыми участокъ могъ бы быть оставленъ; 2) отказа самого домохозяина отъ пользованія землею и 3) неисправности его въ платежѣ повинностей. Въ такихъ случаяхъ оставшіеся участки могутъ быть или переданы другимъ домохозяевамъ, или сохранены въ общественномъ пользованіи.

Сельское общество можетъ расширить объемъ принадлежащей ему земли посредствомъ покупки, пріобрѣтенія по даренію, завѣщанію (общ. пол. ст. 10). Земля, вновь пріобрѣтенная отъ имени юридическаго лица, должна составить собственность этого послѣдняго, притомъ, безъ признака надѣльности, хотя бы она была пріобрѣтена черезъ Крестьянскій Банкъ. Но законъ и здѣсь вызываетъ недоумѣнія, давая постановленія, примѣнимыя только къ общей собственности. Законъ говоритъ о возможности для каждаго крестьянина уступить свое «право»

на участіе въ общемъ владѣніи «собственностью» постороннему лицу съ согласія міра (общ. пол. ст. 11), о правѣ каждаго крестьянина требовать, чтобы изъ состава земли, пріобрѣтенной въ общую собственность, ему былъ выдѣленъ въ частную собственность участокъ, соразмѣрный съ долею его участія въ пріобрѣтеніи этой земли, или же, если такой выдѣлъ окажется неудобнымъ, то объ удовлетвореніи его деньгами (общ. пол. ст. 12). Но участія въ пріобрѣтеніи не существуетъ, напр., при безвозмездномъ полученіи крестьянскимъ обществомъ земли отъ посторонняго. Притомъ такой выдѣлъ совсѣмъ не согласуется съ волею дарителя или завѣщателя, который имѣлъ въ виду предоставить землю всему обществу. Съ теченіемъ времени, когда измѣнится совершенно личный составъ общества, утратятся слѣды участія каждаго, а, слѣдовательно, прекратится и это право, несогласное со взглядомъ самого закона на принадлежность пріобрѣтенной земли не сельскимъ обывателямъ, а сельскому обществу.

Въ отличіе отъ общихъ гражданскихъ законовъ, для рѣшенія вопросовъ, касающихся измѣненій въ порядкѣ пользованія и распоряженія купленною сельскимъ обществомъ, при содѣйствіи Крестьянскаго Поземельнаго Банка, землею не требуется согласія всѣхъ, а достаточно согласія половины общаго числа всѣхъ товарищей (?) крестьянъ, пріобрѣвшихъ землю.

VI. Современное состояніе общины. Взглядъ на общинную собственность, какъ на временную форму, переходную къ индивидуальной собственности, болѣе всего выразился въ постановленіяхъ закона о превращеніи общинной собственности въ частную подворную. Каждому сельскому обществу предоставлялось замѣнить общинное пользованіе наслѣдственнымъ, т.-е., отмѣнивъ передѣлы и разверстку мірской земли, разбить ее, разъ навсегда, на подворные участки и раздать ихъ домохозяевамъ въ потомственное пользованіе (въ собственность). Теперь, по закону 14 іюня 1910 года, не только дозволяется обществамъ, дошедшимъ до извѣстнаго экономическаго развитія и проникшимся индивидуалистическимъ міровоззрѣніемъ, перейти естественнымъ путемъ къ частной собственности, но такой переходъ производится силою закона. Общества и имѣющія отдѣльныя владѣнія селенія, въ которыхъ не было общихъ передѣловъ со времени надѣленія ихъ землею, признаются перешедшими къ подворному владѣнію, на правѣ частной собственности (по Прод. 1910, т. IX, общ. пол. ст. 17[1]). Законъ

оставляетъ невыясненнымъ, что значитъ «признаются», т.-е. перестаетъ ли община быть таковой или принимаются соотвѣтствующія мѣры въ административномъ порядкѣ. Повидимому, законъ 29 мая 1911 года о землеустройствѣ, противопоставляя общества, перешедшія къ подворному владѣнію, обществамъ, признаннымъ перешедшими согласно закону 14 іюня 1910 года, предлагаетъ, въ формѣ аутентическаго толкованія, разъясненіе во второмъ смыслѣ (ст. 42). Въ обществахъ и селеніяхъ, производящихъ общіе передѣлы, каждый домохозяинъ, владѣющій землею на общинномъ правѣ, можетъ во всякое время потребовать укрѣпленія въ личную его собственность причитающейся выходящимъ изъ общины части означенной земли (ст. 172).

Въ стремленіи утвердить личное начало за счетъ общиннаго, укрѣпить положеніе сильныхъ крестьянъ за счетъ слабыхъ, законодатель рѣшился, не взирая на традиціи, ликвидировать исконное общинное землевладѣніе словомъ закона, гдѣ не было передѣловъ, и волею отдѣльныхъ крестьянъ, гдѣ передѣлы были. При этомъ, не считаясь со ст. 77 осн. зак., объявляющей неприкосновенность собственности, законодатель прибѣгаетъ для осуществленія своей цѣли, къ двойной экспропріаціи: а) общинной земли въ пользу отдѣльныхъ членовъ общины и b) участковъ надѣльной земли, отведенныхъ въ личную собственность однихъ крестьянъ, въ пользу отрубовъ, создаваемыхъ для другихъ.

Задача разселенія крестьянъ по отрубамъ и хуторамъ встрѣтила затрудненіе въ чрезполосности крестьянскаго землевладѣнія съ частнымъ землевладѣніемъ. Законъ 29 мая 1911 года вовлекаетъ въ процессъ переустройства и земли, не принадлежащія сельскимъ обывателямъ, и притомъ не только при согласіи землевладѣльцевъ, но и принудительно. Разверстаніе чрезполосности отдѣльныхъ отрубныхъ владѣній крестьянъ и другихъ сельскихъ обывателей со «всякаго рода» прилегающими владѣніями производится по добровольному соглашенію, а при отсутствіи такового—въ обязательномъ порядкѣ. Къ дѣлу разверстанія могутъ быть привлечены «всякія, безъ изъятія, чрезполосныя земли, независимо отъ того, кому онѣ принадлежатъ» (ст. 50). Едва ли возможно, отстаивая личное начало передъ общиннымъ, дать большее примѣненіе общественному началу передъ частнымъ.

Къ этому слѣдуетъ еще присоединить то, что всѣ споры, возникающіе собственно изъ землеустройства, не исключая и споровъ о границахъ подлежащихъ землеустройству земель, раз-

рѣшаются землеустроительными учрежденіями. Разрѣшенные въ этомъ порядкѣ споры не могутъ быть возбуждаемы вновь въ судебныхъ установленіяхъ (законъ 29 мая 1911, ст. 18).

VII. Права члена общины. Разсмотримъ теперь права отдѣльнаго члена сельской общины.

Прежде всего крестьянину принадлежитъ право на его усадебную осѣдлость. Принадлежитъ ли ему право собственности на этотъ участокъ или же только наслѣдственное пользованіе участкомъ, на который право собственности слѣдуетъ признать за общиной?

Сомнѣніе возбуждалось тѣмъ, что раньше законъ говорилъ о «наслѣдственномъ пользованіи» усадебной землей (пол. великорос. ст. 15). Допущенію права собственности препятствовали Высочайше утвержденныя 1873 и 1879 гг. мнѣнія Государственнаго Совѣта, которыми за земскими собраніями признано было право распланировывать выгорѣвшія селенія, не стѣсняясь границами усадебныхъ участковъ. Законъ 14 іюня 1910 года всѣ эти сомнѣнія устраняетъ рѣшительнымъ заявленіемъ, что усадебные участки при общинномъ землевладѣніи составляютъ личную собственность домохозяевъ (ст. 47). Въ виду этого нашею административною практикою признано, что для доказательства права собственности на усадебные участки достаточны удостовѣрительные приговоры, полученные отъ общества, или опредѣленія волостныхъ судовъ, постановленныя въ охранительномъ порядкѣ.

Какъ общиннику, крестьянину принадлежитъ: а) право постояннаго совмѣстно съ другими пользованія въ отношеніи выгоновъ, водопоевъ, лѣса, и b) право временнаго отдѣльнаго пользованія пашенною землею, лугами. Пользованіе участкомъ земли, предоставленнымъ временно отъ общества, возможно или личною обработкою или же посредствомъ отдачи его въ аренду другимъ лицамъ изъ той же деревни или постороннимъ (пол. вык. ст. 112). Хозяйственное улучшеніе полученнаго въ пользованіе участка способно встрѣтить затрудненія въ опасеніи каждаго обывателя, что при передѣлѣ его земля перейдетъ къ другому, и такимъ образомъ затраченный трудъ и капиталъ не будутъ возмѣщены. Въ виду этого законъ 8 іюня 1893 года постановилъ, что при всякомъ передѣлѣ крестьянамъ, улучшившимъ качества своего надѣла посредствомъ удобренія земли, осушенія ея, устройства орошенія или инымъ способомъ, а равно правопреемникамъ этихъ крестьянъ (т.-е. наслѣдующимъ

участокъ) надѣлъ предоставляется, по возможности, въ прежнемъ мѣстѣ. При невозможности этого, означеннымъ лицамъ или отводится надѣлъ равнаго качества съ прежнимъ, или, въ случаѣ отвода земли худшаго качества, назначается вознагражденіе, производимое посредствомъ соотвѣтственной сбавки въ уплатѣ повинностей, или на иныхъ основаніяхъ (т. IX, общ. пол. ст. 32).

Въ правахъ члена общины на отведенную ему въ пользованіе пашенную землю законъ 14 іюня 1910 года произвелъ коренное измѣненіе, признавъ за нимъ право на выдѣлъ. Каждый домохозяинъ, владѣющій надѣльною землею на общинномъ правѣ, можетъ во всякое время требовать укрѣпленія ея въ личную собственность (ст. т. IX, по Прод. 1910, общ. пол. ст. 17^{2}). Какъ видно изъ текста, это право принадлежитъ только домохозяину, но не другимъ членамъ нераздѣленной семьи; женщина-домохозяйка уравнивается въ этомъ отношеніи съ мужчиною. Объектъ укрѣпленія въ собственность составляютъ участки общинной земли, состоящіе въ безспорномъ, постоянномъ (не арендномъ) пользованіи домохозяина ко времени подачи имъ заявленія объ укрѣпленіи (ст. 17^{15}), а тамъ, гдѣ пользованіе землею основано на приговорахъ объ общихъ передѣлахъ, всѣ участки общинной земли, предоставленной ему въ постоянное, впредь до слѣдующаго передѣла, пользованіе, если только въ семьѣ не уменьшилось количество разверстočныхъ единицъ (ст. 17^{11}). Въ случаѣ уменьшенія количества этихъ единицъ, находящійся въ пользованіи домохозяина излишекъ земли укрѣпляется за нимъ лишь при условіи доплаты за лишнюю землю. Порядокъ укрѣпленія заключается въ слѣдующемъ. Требованіе о выдѣлѣ заявляется черезъ старосту обществу, которое въ приговорѣ, постановляемомъ простымъ большинствомъ, опредѣляетъ участки, поступающіе къ домохозяину, долю его участія въ угодьяхъ, доплаты за излишекъ. Если общество въ укрѣпленіи отказываетъ, или въ теченіе 30 дней приговора не постановитъ, то, по ходатайству домохозяина, дѣло переходитъ къ земскому начальнику. Какъ общественный приговоръ, такъ и постановленія земскаго начальника объ укрѣпленіи въ личную собственность участковъ общинной земли представляются на утвержденіе уѣзднаго съѣзда, которое имѣетъ значеніе окончательнаго постановленія (ст. 17^{22}—17^{29}). Послѣдствія укрѣпленія сводятся къ тому, а) что собственники укрѣпленныхъ за ними участковъ, какъ и члены ихъ

семьи, лишаются права участія въ оставшейся въ общинномъ владѣніи надѣльной землѣ (ст. 17[10]); b) за ними сохраняется, однако, право пользованія въ неизмѣнной долѣ сѣнокосными, лѣсными и другими угодьями, а также право участія въ пользованіи мірскою усадебною землею, проѣздами, прогонами, выгономъ, водопоемъ, пастбищемъ и пр. (ст. 17[17] и 17[19]); c) право на разработку нѣдръ въ укрѣпленномъ участкѣ, за исключеніемъ добычи неогнеупорной глины, песку, торфа, строительнаго и бутоваго камня, сохраняется за обществомъ (ст. 17[20]). Удостовѣреніемъ права собственности на укрѣпленные участки служитъ для домохозяина копія съ акта, составленнаго земскимъ начальникомъ и сохраняемая въ подлинникѣ въ уѣздномъ съѣздѣ (ст. 17[7]).

Каждый домохозяинъ, за которымъ укрѣплены участки надѣльной земли въ указанномъ порядкѣ, имѣетъ право требовать, чтобы общество выдѣлило ему, взамѣнъ этихъ участковъ, соотвѣтственный участокъ къ одному, по возможности, мѣсту (отрубное владѣніе). Такимъ образомъ, пріобрѣтенное уже право собственности оказалось лишеннымъ индивидуальнаго объекта. Еще болѣе поразительно то, что пріобрѣтенное право на укрѣпленный участокъ лишено всякой обезпеченности, потому что не только самъ собственникъ можетъ требовать замѣны укрѣпленныхъ за нимъ участковъ отрубнымъ участкомъ (ст. 17[32]), но и общество, безъ согласія на то собственника укрѣпленныхъ участковъ, можетъ, по волѣ большей половины домохозяевъ, остающихся при общинномъ владѣніи, потребовать замѣны укрѣпленныхъ за выдѣлившимся домохозяиномъ участковъ другимъ участкомъ, отведеннымъ къ одному мѣсту (ст. 17[36]).

Участки, укрѣпленные въ личную собственность, подчиняются какъ до, такъ и послѣ выдѣла ихъ къ одному мѣсту, дѣйствію правилъ о надѣльныхъ земляхъ (ст. 17[39]). Характера надѣльной земли отрубной участокъ лишается лишь тогда, если онъ образованъ при совмѣстномъ разверстаніи надѣльной и внѣнадѣльной земли, да и то, по желанію собственника, такой участокъ также можетъ быть признанъ надѣльнымъ (законъ 29 мая 1911, ст. 3). Надѣльная земля отличается слѣдующими юридическими особенностями. 1) Надѣльная земля не можетъ быть продана лицамъ, не приписаннымъ къ сельскимъ обществамъ (общ. пол. ст. 19), за исключеніемъ, a) случая отчужденія земли для промышленныхъ цѣлей (ст. 19, прим. 1), b) случая отчужденія на общеполезныя надобности, какъ-то:

подъ устройство лечебницъ, богадѣленъ, пріютовъ, школъ и зданій крестьянскихъ учрежденій (по прод. 1906, ст. 22[1]); с) случая продажи съ торговъ надѣльной земли, заложенной въ Крестьянскомъ Банкѣ, когда на вторые торги допускаются лица всѣхъ состояній (законъ 15 ноября 1906, ст. 19). Но даже въ отношеніи покупателя изъ крестьянъ существуетъ ограниченіе размѣра сосредоточиваемыхъ въ однѣхъ рукахъ путемъ покупки (или дара) надѣльныхъ земель, а именно,—не свыше 6 душевыхъ надѣловъ въ губерніяхъ великороссійскихъ и малороссійскихъ, и не свыше 3 усадебъ въ губерніяхъ юго-западныхъ (по Прод. 1910, общ. пол. ст. 19[1]). 2) Надѣльная земля не можетъ быть заложена частнымъ лицамъ и частнымъ учрежденіямъ (общ. пол. ст. 20). 3) Надѣльная земля не можетъ быть дарима (общ. пол. ст. 19) и завѣщаема постороннимъ лицамъ, но и лицамъ, приписаннымъ къ сельскиму обществу, можетъ быть предоставлена по безмездной сдѣлкѣ при условіи, а) чтобы въ однѣхъ рукахъ не сосредоточивалась земля свыше указаннаго закономъ размѣра, b) чтобы даримая или завѣщаемая земля не имѣла у дарителя или завѣщателя родового характера. 4) Надѣльная земля не подлежитъ взысканіямъ на основаніи рѣшеній судебныхъ мѣстъ, а потому не можетъ быть продана съ торговъ за долги собственника ея (общ. пол. ст. 20).

VIII. Крестьянскій дворъ. Кто субъектъ права на участокъ надѣльной земли? Домохозяинъ или вся его семья? Сомнѣніе было возбуждено невыдержанностью терминологіи нашего крестьянскаго законодательства, гдѣ, съ одной стороны, говорится о домохозяинѣ, о крестьянинѣ-собственникѣ, о личной собственности (пол. о вык. ст. 116), а съ другой указывается на крестьянскій дворъ (пол. великоросс. ст. 15), на крестьянское семейство (пол. великоросс. стт. 66, 101, 148).

Въ первое время послѣ реформы 1861 года Сенатъ склоненъ былъ представлять себѣ крестьянскую семью на подобіе семьи, обрисованной общими гражданскими законами. Но къ 90-ымъ годамъ взглядъ этотъ сталъ измѣняться. Сенатъ отвергъ личную собственность домохозяина и выдвинулъ на мѣсто ея общую собственность членовъ семьи. «Не только при общинномъ, но и при подворномъ владѣніи усадебный и полевой надѣлъ составляетъ не личную собственность домохозяина, на котораго участокъ записанъ въ актахъ, а общую собственность всего крестьянскаго двора или семейства. Старшій членъ семьи,

домохозяинъ, является только представителемъ двора передъ сельскимъ обществомъ и правительствомъ» (рѣш. общ. собр. 1, 2 и кас. деп. 1898, № 2). Но если это общая собственность, то члены семьи должны имѣть опредѣленныя, равныя или неравныя, доли, и распоряженіе имуществомъ возможно лишь съ общаго согласія. Между тѣмъ Сенатъ систематически отрицалъ всякія притязанія членовъ семьи на распоряженіе надѣльною землею и призналъ для домохозяина возможность самостоятельно отчуждать ее или отдавать въ аренду (кас. рѣш. 1893, № 91). Уклоняясь отъ выводовъ, какія получаются при построеніи крестьянскаго двора, какъ общей собственности, Сенатъ призналъ, что крестьянская семья—это трудовой союзъ, обладающій семейнымъ имуществомъ, распоряженіе которымъ принадлежитъ домохозяину, будетъ ли имъ родитель или старшій братъ, даже дядя. При конструированіи этого своеобразнаго субъекта Сенатъ готовъ былъ видѣть въ крестьянскомъ дворѣ юридическое лицо (рѣш. общ. собр. 1, 2 и кас. деп. 1897, № 29), но потомъ предпочелъ смотрѣть на него, какъ на «хозяйственно-юридическій союзъ» особаго рода (рѣш. общ. собр. 1, 2 и кас. деп. 1900, № 27). Юридическая ясность все же мало этимъ достигалась, а главное оставалось невыясненнымъ, гдѣ основаніе такой конструкціи. Самъ Сенатъ, повидимому, склоненъ былъ опираться на законъ, но этому противорѣчилъ самый законъ, который постановлялъ, что «на крестьянъ распространяются общія постановленія законовъ гражданскихъ о правахъ и обязанностяхъ семейственныхъ» (т. IX, общ. пол. ст. 1); на обычномъ правѣ Сенатъ не пробовалъ основываться и едва ли такая попытка увѣнчалась бы успѣхомъ. Выдвигается еще предположеніе разсматривать крестьянскій дворъ, какъ семейную собственность, подобную исторической zur gesamten Hand, поддержанную германскимъ и швейцарскимъ законодательствами. Такая семейная собственность отличается отъ общей собственности тѣмъ, что въ ней нѣтъ долей участія и выбытіе одного члена даетъ мѣсто не наслѣдованію послѣ него, а приращенію объема участія другихъ членовъ. Но перенесеніе такой семейной собственности на нашъ крестьянскій дворъ стало бы въ противорѣчіе съ семейнымъ раздѣломъ, признаннымъ по закону 1886 года, и съ выдѣломъ сына соразмѣрно его трудового участія, признаннымъ по обычаю.

Всѣ эти сомнѣнія законъ 14 іюня 1910 года устраняетъ въ

отношеніи крестьянскаго землевладѣнія, построеннаго не на общинныхъ началахъ. Участки земли, укрѣпленные въ собственность изъ общинныхъ земель, принадлежатъ лично домохозяину, который поэтому одинъ сохраняетъ право распоряженія ими. Въ тѣхъ случаяхъ, когда участки находятся въ нераздѣльномъ владѣніи матери и дѣтей или нѣсколькихъ лицъ, не состоящихъ между собою въ родствѣ по прямой нисходящей линіи, они составляютъ общую ихъ собственность (ст. 1747 и 1748). Такимъ образомъ, идея семейной собственности устранена. Однако, не вполнѣ. Тамъ, гдѣ сохраняется общинное землевладѣніе, остаются и всѣ прежнія сомнѣнія, потому что новый законъ призналъ личною собственностью домохозяина при этой формѣ хозяйства только усадебные участки (ст. 47).

§ 27.

Сервитуты.

Литература: Гороновичъ, *Изслѣдованіе о сервитутахъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1883, №№ 7—10); Гусаковъ, *Къ вопросу о теоріи сервитутнаго права* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1884, №№ 8—9); Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. II, изд. 1895, ст. 377—387; Дурасовъ, *Право въѣзда въ лѣсъ по частнымъ сдѣлкамъ* („В. Пр.“, 1900, № 7);; Билимовичъ, *Къ вопросу объ упраздненіи сервитутовъ*, 1911.

I. Понятіе о сервитутѣ. *Сервитутъ представляетъ собою вещное право пользованія чужою вещью въ интересъ опредѣленнаго лица.*

a. Характерную черту сервитута составляетъ прежде всего принадлежащее ему *вещное свойство*. Право пользованія чужою вещью связывается съ послѣднею, а не съ субъектомъ права собственности, а потому, къ кому бы и по какой бы сдѣлкѣ вещь ни перешла, это обстоятельство не вліяетъ на силу сервитута. Съ этой стороны сервитутъ противополагается пользованію чужою вещью, которое основано на обязательственномъ отношеніи, на договорѣ найма, потому что здѣсь право пользованія стоитъ въ зависимости отъ лица собственника.

b. Сервитутъ даетъ своему субъекту право *пользованія* чужою вещью, которое имѣетъ различный объемъ. Оно весьма обширно въ пользовладѣніи, оно весьма незначительно въ правѣ примкнуть плотину къ чужому берегу. Но каковъ бы ни былъ объемъ пользованія, предоставляемаго субъекту сервитутнаго права, во всякомъ случаѣ онъ меньше объема правъ

собственника. Сервитутъ есть право на частичное пользованіе вещью, пользованіе ею въ томъ или иномъ строго опредѣленномъ отношеніи. Пользованіе чужою вещью предполагается согласнымъ съ тѣмъ назначеніемъ, которое имѣетъ вещь при установленіи сервитута. Поэтому, даже при наиболѣе широкомъ объемѣ пользованія, субъектъ сервитутнаго права не можетъ измѣнять назначенія вещи, напр., лѣсъ превратить въ пашню, жилой домъ обратить въ спичечную фабрику. Своимъ положительнымъ содержаніемъ, какъ пользованіе выгодами чужой вещи, сервитутъ отличается отъ права участія частнаго, какъ ограниченія собственника въ свободномъ пользованіи своею вещью, когда оно можетъ вредно отразиться на интересахъ другихъ лицъ. Субъектъ сервитутнаго права вторгается въ право собственника или тѣмъ, что собственникъ вынужденъ терпѣть такія дѣйствія другого, которыя онъ въ силу своего права собственности могъ бы устранить, или же тѣмъ, что собственникъ обязывается воздержаться отъ такихъ дѣйствій своихъ, на которыя онъ въ силу своего права собственности управомоченъ. На этомъ моментѣ основано дѣленіе сервитутовъ на положительные и отрицательные. Но сервитутъ не можетъ состоять въ обязанности одного лица что-либо дѣлать въ пользу другого. Напр., возможенъ сервитутъ, предоставляющій собственнику одного имѣнія собирать валежникъ въ лѣсу другого имѣнія, но уже не будетъ сервитута, если собственникъ одного имѣнія обязывается періодически доставлять собственнику другого имѣнія валежникъ изъ своего лѣса. Открывая право пользованія, сервитутъ не распространяется на право распоряженія, потому что это право всегда остается за собственникомъ. Однако, наше законодательство допускаетъ отступленіе отъ этого общаго правила, вытекающаго изъ существа сервитута. По русскому закону предоставленіе пожизненнаго пользованія можетъ быть соединено съ правомъ залога (т. X ч. 1 ст. 1629 п. 2), которое способно повести къ отчужденію вещи помимо воли собственника.

с. Сервитутъ предполагаетъ различіе между субъектомъ права собственности на вещь и субъектомъ сервитутнаго права на нее. Поэтому сервитутъ распространяется *на чужую вещь* и не можетъ имѣть объектомъ свою собственную вещь. Собственникъ двухъ смежныхъ имѣній не можетъ считаться субъектомъ сервитутнаго права, если эксплоатація одного имѣнія требуетъ пользованія лѣсомъ, водою, выгонами другого имѣнія, потому

что такое пользованіе вытекаетъ уже изъ его права собственности и не даетъ основанія для выдѣленія въ особую группу правъ. Подобное пользованіе не создаетъ новаго юридическаго отношенія помимо того, которое существуетъ между субъектомъ права собственности и всѣми согражданами. Однако, швейцарское законодательство, обезпечивая хозяйственную индивидуальность имѣній, постановляетъ, что собственникъ двухъ имѣній въ правѣ обременить одно изъ нихъ сервитутомъ въ пользу другого (§ 733). Вещь, на которую устанавливается сервитутъ, составляетъ чаще всего недвижимость. Это объясняется тѣмъ, что именно интересы поземельной собственности, въ связи съ экономическою зависимостью однихъ имѣній отъ другихъ, вызываютъ необходимость особыхъ правъ на чужую вещь. Исключеніемъ является только сервитутъ пользовладѣнія, объектомъ котораго могутъ быть какъ недвижимости, такъ и движимости.

d. Сервитуты устанавливаются *въ интересѣ опредѣленныхъ лицъ*. Опредѣленность лица выясняется или его наименованіемъ или же связью его съ другимъ правомъ: сервитутъ принадлежитъ или извѣстному лицу, какъ таковому, или же какъ собственнику данной недвижимости. На этомъ основано различіе личныхъ и реальныхъ сервитутовъ. Совершенно неправильно это различіе сводить къ тому, что субъектомъ личныхъ сервитутовъ является опредѣленное лицо, а субъектомъ реальныхъ сервитутовъ—опредѣленная недвижимость. Такое различіе господствуетъ въ литературѣ и оттуда перешло въ русское законодательство (нот. пол. ст. 159 п. 2). Въ дѣйствительности дѣло сводится къ двумъ различнымъ способамъ означенія управомоченныхъ лицъ.

Когда сервитутное право принадлежитъ собственнику извѣстнаго имѣнія, то послѣднее носитъ названіе господствующаго участка, а недвижимость, на выгоды которой устанавливается пользованіе со стороны посторонняго лица, называется служебнымъ участкомъ. Сервитутъ не требуетъ непремѣнно смежности участковъ, служебнаго и господствующаго. Требуется лишь экономическая возможность для одного участка извлекать выгоды изъ другого, напр., сервитутъ водопровода можетъ связать довольно отдаленные участки, если мѣстность страдаетъ недостаткомъ воды. Сервитуты, какъ права, установленныя въ интересѣ опредѣленныхъ лицъ, отличаются по этому признаку отъ права участія общаго.

II. Историческое происхожденіе сервитутовъ. Изъ даннаго нами опредѣленія сервитутнаго права обнаруживается, что оно предполагаетъ уже существованіе права частной собственности. Однако, въ наукѣ встрѣчается взглядъ, признающій ошибочнымъ мнѣніе, будто право собственности служитъ первоначальнымъ основаніемъ, родоначальникомъ всѣхъ другихъ видовъ вещныхъ правъ. По взгляду этихъ ученыхъ (Эльверсъ, Шёнеманъ), историческое развитіе приводитъ къ противоположному выводу, а именно, что сервитуты болѣе древняго происхожденія, нежели право собственности. Въ подтвержденіе этого взгляда приводится то соображеніе, что кочующія племена долго не могли установить полнаго господства надъ землею во всѣхъ ея отношеніяхъ. Они пользовались только частными сторонами вещи—травою въ полѣ, хворостомъ въ лѣсу, водопоемъ, т.-е. осуществляли свое право въ томъ объемѣ, какой характеризуетъ современные сервитуты. Но отсюда нельзя заключить, будто отношеніе этихъ племенъ къ занимаемой землѣ можетъ быть охарактеризовано, какъ сервитутное право, а не какъ право собственности. Оно все же отличалось той же исключительностью для постороннихъ, которая составляетъ признакъ права собственности. Если малоразвитыя плѣмена не умѣли извлекать всей пользы изъ занимаемыхъ ими земель, то это доказываетъ только низкую ступень ихъ культурнаго развитія. Открытіе новыхъ полезностей во внѣшней природѣ составляетъ характерное явленіе экономическаго прогресса—оно увеличиваетъ имущественное значеніе права собственности, но не измѣняетъ его юридической природы.

Вѣрнѣе взглядъ, который ставитъ возникновеніе и развитіе сервитутовъ въ связь съ правомъ частной собственности. Сервитуты вызваны распаденіемъ общиннаго землевладѣнія и возникновеніемъ мелкой поземельной собственности (Гусаковъ). Задача ихъ заключается въ обезпеченіи хозяйственныхъ интересовъ послѣдней. Безъ сервитутовъ мелкая поземельная собственность была бы поставлена въ безвыходное положеніе и земля утратила бы свое экономическое значеніе. Сервитуты восполняютъ естественные недостатки однихъ участковъ на счетъ природныхъ богатствъ другихъ и тѣмъ поднимаютъ ихъ цѣнность. Роль сервитутовъ тѣмъ значительнѣе, чѣмъ мельче поземельная собственность въ данной странѣ. Наоборотъ, крупная поземельная собственность, снабженная на большомъ

пространствѣ разнообразными угодьями, въ которыхъ только можетъ нуждаться сельское хозяйство, даетъ мало основаній для развитія сервитутовъ. Со стороны общественной цѣли сервитуты, дополняя частную собственность и сглаживая суровыя послѣдствія ея, являются въ высшей степени благодѣтельнымъ учрежденіемъ.

Неволинъ слѣдующимъ образомъ описываетъ развитіе сервитутовъ въ исторіи русскаго права. «Главное сельское имѣніе въ древнія времена составляла пахотная земля. Другія земли, которыя доставляли ей и владѣльцу ея разныя выгоды и удобства, назывались по отношенію къ ней угодьями. Таковы были: лѣса, луга, мѣста звѣриныхъ и другихъ промысловъ. Современемъ, въ переносномъ смыслѣ, земли этого рода, и независимо отъ ихъ отношенія къ главному сельскому имѣнію, стали называться угодьями. Онѣ владѣльцамъ ихъ могли принадлежать на тѣхъ же правахъ, на какихъ и всякая вообще поземельная собственность, слѣдовательно, на правѣ помѣстномъ, на правѣ вотчинномъ, на правѣ тяглыхъ имуществъ. Въ такомъ случаѣ частныя названія угодій указывали только на особенный способъ пользованія землями извѣстнаго рода. Самымъ обыкновеннымъ способомъ происхожденія угодій всѣхъ трехъ разрядовъ было пожалованіе и притомъ въ различныхъ его видахъ: или правительство жаловало извѣстному лицу опредѣленную землю въ собственность съ обширнѣйшимъ правомъ пользованія, сохраняя за собою право извѣстныхъ въ немъ угодій, которыя были потомъ жалуемы другимъ лицамъ, или одному лицу было жалуемо угодье въ извѣстной казенной землѣ, а потомъ эта земля жаловалась другому лицу, съ сохраненіемъ въ ней правъ угодья для перваго. Въ томъ и другомъ случаѣ образовалось право угодій въ чужихъ земляхъ». Такимъ образомъ мы видимъ, что основаніемъ къ созданію угодій, иначе сервитутовъ, было раздѣленіе государственной земли между частными собственниками или владѣльцами.

Уложеніе Алексѣя Михайловича знаетъ уже почти всѣ сервитуты, признаваемые современнымъ русскимъ законодательствомъ. Стремленіе правительства въ XVIII вѣкѣ опредѣлить точно границы частной поземельной собственности не могло конечно, вызвать благопріятнаго съ его стороны отношенія къ сервитутамъ. Напротивъ, мы видимъ желаніе прекратить подобную зависимость одного имѣнія отъ другого, и эта тенденція проходитъ сквозь все дѣйствующее законодательство о правѣ

угодій. Слѣдуетъ замѣтить, однако, что твердость общинныхъ началъ пользованія землею и отсутствіе мелкой поземельной собственности не давали достаточной бытовой почвы для развитія сервитутовъ въ Россіи. Только въ Западномъ краѣ и въ Закавказьѣ сервитутное право представляется болѣе развитымъ. Въ сороковыхъ годахъ, русское правительство, стремясь имѣть опору въ крестьянахъ противъ польскихъ помѣщиковъ, озаботилось составленіемъ «инвентарей», въ которыхъ за крестьянствомъ обезпечивались сервитутныя права на имѣнія помѣщиковъ. Само собою разумѣется, что новые законы 1910 и 1911 годовъ, направленные къ замѣнѣ общиннаго владѣнія мелкимъ частичнымъ владѣніемъ, даютъ сильный толчекъ къ развитію сервитутовъ.

Для обозначенія правъ на чужую вещь, называемыхъ сервитутами, русское законодательство употребляетъ исторически слошившійся терминъ — угодье. Но въ послѣднее время въ русское законодательство проникло и слово сервитутъ (нот. пол. ст. 159 п. 2, пол. о сельск. чинш., т. IX, особ. прил. ст. 691, законъ 29 мая 1911 о землеустройствѣ, ст. 53). Въ русскомъ законодательствѣ существуетъ прекрасный терминъ—право участія частнаго, который лучше всего подходилъ бы къ данному случаю и могъ бы замѣнить иностранное выраженіе сервитутъ, но онъ примѣняется къ совершенно другому роду отношеній— къ ограниченію права собственности. Только въ положеніи о пользованіи водами для орошенія земель въ Закавказьѣ 3 дек. 1890 г. (т. XII ч. 2, изд. 1903 уст. сельск. хоз., ст. 287) примѣнено это выраженіе въ смыслѣ сервитута.

III. Установленіе сервитутовъ. Сервитуты устанавливаются по слѣдующимъ основаніямъ.

1. Всюду, гдѣ развито сервитутное право, главнымъ основаніемъ къ тому является *воля собственника* служебнаго участка. Кромѣ собственника, никакой иной субъектъ права на вещь не можетъ установить сервитутъ, слѣдовательно ни пользовладѣлецъ, ни арендаторъ (т. X ч. 1, ст. 514). Въ случаѣ общей собственности необходимо согласіе всѣхъ собственниковъ, потому что служебное свое назначеніе можетъ выполнить принадлежащая имъ вещь только въ цѣломъ видѣ. Воля собственника относительно установленія сервитута можетъ выразиться: a) въ формѣ договора, напр., при соглашеніи о примычкѣ плотины къ чужому берегу, b) въ формѣ завѣщанія, при предоставленіи кому-либо пожизненнаго пользованія, но не другихъ сервиту-

товъ. Установленіе сервитутнаго права на недвижимость, какъ вещнаго права, посредствомъ договора, требуетъ облеченія сдѣлки въ крѣпостную форму. Старшему нотаріусу поручается закономъ утверждать акты и вносить въ реестръ крѣпостныхъ дѣлъ отмѣтки объ ограниченіяхъ права собственности на недвижимыя имущества, состоящихъ въ уступкѣ собственникомъ въ пользу посторонняго лица сервитутовъ (нот. пол. ст. 169 п. 2, ст. 178). Содержаніе устанавливаемаго сервитута должно быть съ точностью указано въ актѣ, иначе онъ не будетъ принятъ къ утвержденію (нот. пол. ст. 186). Неформальная, домашнимъ порядкомъ совершонная уступка сервитута имѣетъ значеніе только для лицъ, заключившихъ договоръ. Вещное право на сервитутъ пріобрѣтается съ момента утвержденія сдѣлки старшимъ нотаріусомъ. Если при продажѣ недвижимости продавецъ сохраняетъ за собою сервитутъ, напр., право добывать каменный уголь, то, по взгляду Сената, не требуется совершать два акта, а достаточно купчей, въ которой сервитутъ указанъ (кас. рѣш. 1903, № 67).

2. Нашему законодательству извѣстны случаи, когда сервитуты возникаютъ *въ силу закона.* а) Такъ, священнослужителямъ и церковнымъ причетникамъ, состоящимъ при церквахъ въ дѣйствительномъ служеніи, предоставляется право въѣзда въ лѣса, принадлежащіе селеніямъ тѣхъ приходовъ, исключая заповѣдныя рощи, и притомъ для своихъ только нуждъ, а не на продажу (т. X ч. 1 ст. 458, т. VIII ч. 1 ст. 764); въ послѣднемъ изданіи т. X ч. 1 выброшено примѣчаніе къ ст. 458, которое ограничивало силу текста, и тѣмъ дано основаніе къ постоянному дѣйствію этого законнаго сервитута. b) Для добыванія матеріаловъ, необходимыхъ при производствѣ работъ по устройству подъѣздныхъ путей, разрѣшается пользованіе землями, смежными съ занятою подъ предпріятіе мѣстностью. Для устройства снѣговыхъ защитъ вдоль линій желѣзныхъ дорогъ можетъ быть установляемо право ежегодного краткосрочнаго пользованія прилегающими къ нимъ полями (т. X ч. 1 ст. 606); c) Если дѣти умрутъ бездѣтными, то благопріобрѣтенныя ими имѣнія и капиталы переходятъ въ пожизненное пользованіе родителей, если только не послѣдовало иного завѣщательнаго распоряженія (т. X ч. 1 стт. 1141 и 1145). Въ случаѣ бездѣтной смерти усыновленнаго, благопріобрѣтенное имущество его поступаетъ къ усыновителю въ пожизненное пользованіе (т. X ч. 1 ст. 156^{5}).

3. Наше законодательство считаетъ важнѣйшимъ основаніемъ установленія сервитутовъ *давность*, не въ видѣ опредѣленнаго срока пользованія, за истеченіемъ котораго фактъ превращается въ право, а въ видѣ признанія незапамятной продолжительности отношенія. Въ силу такой давности законъ терпитъ цѣлый рядъ сервитутовъ, называемыхъ угодьями. Но существованіе угодій должно быть удостовѣрено не свидѣтелями, ссылающимися на разсказы отцовъ, а документами, писцовыми книгами и иными актами (т. X ч. 1 стт. 457 и 463). Въ настоящее время продолжительное пользованіе сервитутомъ, хотя бы въ теченіе 10 лѣтъ, не можетъ повести къ возникновенію сервитутнаго права (кас. рѣш. 1903, № 50). Исключеніе установлено для Закавказья, гдѣ давностное пользованіе, продолжающееся не менѣе 10 лѣтъ явно и безспорно, создаетъ право въѣзда какъ въ казенные, такъ и въ частные лѣса (т. X ч. 1 ст. 457), а также право пользованія оросительными водами (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 289, прил. ст. 1).

IV. Прекращеніе сервитутовъ. Сервитуты прекращаются по различнымъ основаніямъ, смотря по тому, личные ли они или реальные.

1. Для личныхъ сервитутовъ имѣетъ важное значеніе *смерть* управомоченнаго субъекта, такъ, напр.. для пожизненнаго пользованія. Смерти приравниваются и другіе факты, влекущіе за собою невозможность осуществленія права, а именно лишеніе всѣхъ правъ состоянія и поступленіе въ монашество. Для реальныхъ сервитутовъ смерть субъекта права не можетъ имѣть значеніе, потому что онъ никогда не умираетъ, пока не будетъ уничтожено само право.

2. *Прекращеніе интереса*, съ которымъ было связано осуществленіе сервитутнаго права, сопряжено съ прекращеніемъ сервитута. Такъ, напр., если былъ установленъ сервитутъ водопоя или водопровода, то истощеніе ключей уничтожаетъ цѣль сервитута. Если извѣстному лицу предоставлено было пожизненное жительство въ домѣ, то гибель послѣдняго отъ пожара или землетрясенія, сносъ его вслѣдствіе отведенія участка подъ желѣзную дорогу, прекращаютъ самый сервитутъ.

3. Какъ относительно всякаго имущественнаго права, такъ и относительно сервитутнаго, вполнѣ возможно *отреченіе* со стороны субъекта права. Однако, такъ какъ сервитутъ представляетъ собою вещное право, то необходимо оформить отреченіе посредствомъ отмѣтки въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ.

Иначе это будетъ отреченіе отъ пользованія, а не отъ права, и собственникъ не въ состояніи воспрепятствовать наслѣднику и вообще преемнику продолжать осуществленіе сервитутнаго права.

4. Такъ какъ сервитутъ есть право на чужую вещь, то *сліяніе* правъ собственности на служебный и господствующій участки въ лицѣ одного субъекта является достаточнымъ основаніемъ для прекращенія сервитута, какъ отдѣльнаго права.

5. Покровительствуя освобожденію поземельной собственности отъ обременительныхъ для нея сервитутовъ, нашъ законъ устанавливаетъ способъ прекращенія права въѣзда въ казенные лѣса посредствомъ *выдѣла лѣсного участка*. Для прекращенія этого сервитута казна рѣшается поступиться частью своего имущества въ видахъ сохраненія цѣлаго. Право въѣзда въ лѣсъ прекращается выдѣломъ изъ въѣзжаго лѣса части въ собственность, по разсчету 20 десятинъ на 100 четвертей, владѣемыхъ помѣщиками по писцовымъ книгамъ и дачамъ земель (т. VIII ч. 1, уст. лѣсн., ст. 679).

V. Виды сервитутовъ. Римское право знало многочисленныя формы сервитутныхъ отношеній, которыя раздѣлялись на личныя и реальныя, а между послѣдними различались сельскіе и городскіе сервитуты. Западныя законодательства, особенно итальянское, приняли постановленія римскаго права и развили ихъ значительно полнѣе. Напротивъ, въ русскомъ правѣ отдѣлъ этотъ чрезвычайно бѣденъ, и существующіе въ немъ сервитуты разсматриваются не какъ необходимый институтъ, а какъ временное, переходное состояніе къ полной индивидуализаціи. Да и сама жизнь пока мало выдвигала у насъ сервитуты, хотя ничто не препятствуетъ установленію такихъ ограниченій права собственности, которыя вызывались бы интересами сельскаго хозяйства и близкаго сосѣдства въ городахъ. Въ практикѣ нотаріальныхъ учрежденій встрѣчаются, впрочемъ, нѣкоторые случаи установленія сервитутовъ по соглашенію. Таковы сервитуты, препятствующіе собственнику купленнаго мѣста застраивать его, чтобы тѣмъ не безобразить домъ смежнаго собственника; таково запрещеніе собственнику уничтожать пограничную аллею; таково дозволеніе примыкать надворныя строенія къ оградѣ чужого сада, провести воду, проложивъ водопроводныя трубы, прорыть канавы для спуска воды, проѣзжать черезъ дворъ и ворота сосѣда, прогонять скотъ черезъ сосѣдній участокъ къ водопою. Наше законодательство указываетъ рядъ сервитутовъ, но только для Юго-Западнаго и Сѣверо-

Западнаго края, какъ-то: общая пастьба скота во время нахожденія полей въ пару, такъ называемая толока (т. IX, особ. прил., разд. III, ст. 97, разд. IV, ст. 141), право сѣнокоса въ лѣсу или на лугахъ помѣщика, право водопоя на помѣщичьей землѣ, право рыбной ловли въ водахъ помѣщика.

Разсматривая указанные въ законѣ сервитуты общаго, а не мѣстнаго характера, мы встрѣчаемъ слѣдующіе виды реальныхъ или поземельныхъ сервитутовъ.

1. Къ числу сервитутовъ, называемыхъ нашимъ закономъ угодьями, относится *право въѣзда въ лѣсъ*. Сущность этого права состоитъ въ пользованіи строевымъ и дровянымъ лѣсомъ изъ чужихъ дачъ (т. X ч. 1 ст. 453, т. VIII ч. 1 ст. 673). Оно ограничивается только домашними нуждами въ строевомъ и дровяномъ лѣсѣ. Поэтому лица, пользующіяся правомъ въѣзда, не могутъ торговать лѣсными матеріалами, въ таковыхъ лѣсахъ вырубленными (т. X ч. 1 стт. 455 и 458).

Праву въѣзда подлежатъ какъ частные, такъ и казенные лѣса, гдѣ оно было прежде установлено и законно укрѣплено и впослѣдствіи выдѣлами или другими сдѣлками не уничтожено (т. X ч. 1 ст. 454). Возникаетъ вопросъ, возможно ли установить вновь право въѣзда по сдѣлкамъ между частными лицами? Хотя законъ и покровительствуетъ прекращенію этого сервитута и не даетъ указаній на способъ ихъ учрежденія, но вмѣстѣ съ тѣмъ нигдѣ не преграждаетъ прямо возможности его установленія и не поражаетъ подобную сдѣлку недѣйствительностью. Въ законѣ содержится лишь запрещеніе учреждать право въѣзда въ дачахъ, которыя находятся уже подъ дѣйствіемъ этого сервитута (т. X ч. 1 ст. 456), и нѣтъ никакого основанія давать этому постановленію распространительное толкованіе. Сенатъ повидимому, рѣшаетъ этотъ вопросъ въ обратномъ смыслѣ (кас. рѣш. 1900, № 66, гдѣ конецъ не согласованъ со всѣмъ разсужденіемъ). Доказательствомъ права въѣзда служатъ, по закону, писцовыя книги и другія укрѣпленія (т. X ч. 1 ст. 457). Лицо заинтересованное, субъектъ сервитутнаго права, не можетъ быть лишено права просить объ утвержденіи существующаго ограниченія права собственности крѣпостнымъ порядкомъ, посредствомъ отмѣтки. Какъ право, присвоенное собственнику извѣстнаго имѣнія, оно только съ послѣднимъ переходитъ къ другимъ лицамъ. Поэтому уступать право въѣзда постороннему лицу собственникъ имѣнія, пользующійся этимъ правомъ, не можетъ (т. X ч. 1 ст. 455).

Право въѣзда прекращается: а) вырубкою лѣса на томъ пространствѣ, на которомъ въѣздъ былъ назначенъ (т. X ч. 1 ст. 459 п. 1). За отсутствіемъ объекта прекращается и право, которое не распространяется на землю подъ лѣсомъ. Такое же дѣйствіе, какъ вырубка, производитъ лѣсной пожаръ, если весь лѣсъ выгорѣлъ. Если вырубка лѣса прекращаетъ право въѣзда, то она не освобождаетъ собственника отъ отвѣтственности передъ субъектомъ сервитутнаго права за причиненный ему ущербъ, такъ какъ законъ запрещаетъ вырубку въѣзжаго лѣса (т. X ч. 1 ст. 456). b) Сервитутъ этотъ на частный лѣсъ прекращается также выдѣломъ лѣсного участка въ собственность лицу, имѣющему право въѣзда, слѣдовательно по сдѣлкѣ, такъ какъ указанная въ лѣсномъ уставѣ мѣра имѣетъ примѣненіе только къ казеннымъ лѣсамъ.

2. Въ интересахъ пчеловодства существуетъ право на *бортныя ухожья*, т.-е. право ставить улья въ чужомъ лѣсу или устраивать ихъ въ дуплѣ деревьевъ и добывать изъ нихъ медъ (т. X, ч. 1, ст. 463). Съ этимъ сервитутомъ соединено, слѣдовательно, и право входа и въѣзда для ухода за пчелами и уборки меда. Сервитутъ этотъ устанавливается въ пользу собственника опредѣленнаго имѣнія, лишеннаго лѣсныхъ участковъ.

3. Право на *бобровые гоны* (т. X, ч. 1, ст. 463) даетъ возможность боброваго промысла, безъ полнаго истребленія животныхъ на данномъ пространствѣ. Конечно, этотъ сервитутъ въ настоящее время не что иное, какъ воспоминаніе о прежнихъ богатствахъ русской фауны.

4. Сервитутъ *звѣриной, птичьей охоты или рыбной ловли* (т. X, ч. 1, ст. 463) устанавливается обыкновенно не въ пользу извѣстнаго лица или собственника извѣстнаго земельнаго участка, а въ пользу обывателей извѣстнаго селенія.

5. *Примычка плотины* состоитъ въ правѣ собственника одного берега примкнуть плотину своей мельницы къ противоположному берегу, который принадлежитъ другому лицу. Такое право можетъ быть установлено только съ согласія послѣдняго (т. X ч. 1 ст. 442 п. 2), все равно, будетъ ли оно выражено въ формѣ договора или завѣщанія. Сервитутъ этотъ требуетъ укрѣпленія, въ противномъ случаѣ наслѣдники или преемники по иному основанію не обязаны признавать плотины. Самый фактъ ея существованія еще не свидѣтельствуетъ о правѣ. Поддержаніе плотины въ надлежащемъ видѣ на всемъ

ея пространствѣ лежитъ на субъектѣ сервитутнаго права, который въ виду этого долженъ пользоваться и правомъ входа на чужую землю.

VI. Пользовладѣніе. Особенно важнымъ въ бытовомъ отношеніи является личный сервитутъ пользовладѣнія (узуфруктъ). Псковская Судная Грамота знала этотъ институтъ подъ именемъ «кормли»: а у которой жены мужъ помретъ, безъ рукописанія и останется отчина или животъ, ино женѣ его кормится до своего живота (стт. 89 и 88). Въ московскомъ правѣ слѣды права пользовладѣнія теряются, по крайней мѣрѣ Уложеніе 1648 года ничего о немъ не говоритъ. Въ Сводѣ существовали лишь отрывочныя указанія на возможность предоставить благопріобрѣтенное имущество въ пожизненное владѣніе. И только законъ 27 февраля 1862 года о пожизненномъ владѣніи родовымъ имѣніемъ, предоставленнымъ однимъ супругомъ другому по духовному завѣщанію, нѣсколько обрисовалъ сущность пользовладѣнія и возникающія изъ него отношенія. Въ виду частнаго характера этихъ правилъ, естественно возникъ вопросъ о допустимости распространять ихъ по аналогіи на другіе случаи пользовладѣнія, напр., когда сервитутъ устанавливается не супругомъ въ пользу другого супруга, не на родовое имѣніе. Сначала Сенатъ отнесся отрицательно къ аналогическому примѣненію (кас. рѣш. 1867, № 275), а потомъ, совершенно правильно, призналъ за этимъ закономъ болѣе общее значеніе.

Пользовладѣніе есть обусловленное срокомъ или продолжительностью жизни вещное право опредѣленнаго лица пользоваться чужою вещью и извлекать плоды безъ измѣненія ея существа. Предметомъ пользовладѣнія могутъ быть недвижимыя и движимыя вещи, торговыя предпріятія, денежный капиталъ, но не денежная сумма, авторскія права. Пользовладѣніе можетъ быть установлено въ силу договора (т. X ч. 1 ст. 514), завѣщанія (т. X ч. 1 стт. 533^{1}, 1011), закона (т. X ч. 1 стт. 1141 и 156^{5}). Каково бы ни было основаніе его права, пользовладѣлецъ не можетъ просить о вводѣ его во владѣніе, который удостовѣряетъ право собственности (кас. рѣш. 1881, № 46). Законъ указываетъ на особый порядокъ вступленія въ пользованіе, когда объектомъ его является недвижимость. Имѣніе, предоставленное кому-либо въ пользованіе, утверждается за пользовладѣльцемъ лишь по составленіи описи ему. Эта опись, которая должна обнимать какъ передаваемое недвижимое имѣніе, такъ и всю находящуюся въ немъ движимость,

составляющую его принадлежность, совершается судебнымъ приставомъ въ присутствіи наслѣдниковъ, къ которымъ переходитъ право собственности на это имѣніе, хотя отсутствіе ихъ, если только они были приглашены, не можетъ имѣть значенія. Отъ обязанности составленія описи имѣнію пользовладѣлецъ не можетъ быть освобожденъ тѣмъ актомъ, которымъ имѣніе передается ему (т. X ч. 1 ст. 533[1]). Значеніе описи обнаруживается при окончаніи пользованія и при передачѣ имѣнія собственнику: описью опредѣляется отвѣтственность пользовладѣльца за сохраненіе недвижимости въ томъ видѣ, въ какомъ она къ нему поступила. Какъ право стѣсняющее право собственности и имѣющее вещный характеръ, пользовладѣніе должно быть отмѣчено въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ, и съ этою цѣлью актъ учрежденія его долженъ быть представленъ старшему нотаріусу. Если пользовладѣніе устанавливается въ отношеніи капитала, внесеннаго въ кредитное установленіе, то капиталъ этотъ на руки пользовладѣльца не выдается, а онъ получаетъ отъ кредитнаго установленія только проценты по выданному отъ суда свидѣтельству (т. X ч. 1 стт. 1144 и 1145 и кас. рѣш. 1886, № 15).

Законъ нашъ не указываетъ, возможно ли предоставленіе пользовладѣнія юридическому лицу, напр., церкви, университету. Не подлежитъ сомнѣнію утвердительный отвѣтъ. Однако, предоставленіе пользовладѣнія такому лицу способно возбудить сомнѣніе въ продолжительности такого права и въ положеніи собственника. Въ нашемъ законодательствѣ не содержится ограниченія срокомъ подобнаго пользовладѣнія, какъ это принято въ нѣкоторыхъ западныхъ кодексахъ (30 лѣтъ по франц. код. § 619, итал. код. § 518). Остается предположить, въ виду этого обстоятельства, что предоставленіе подобныхъ правъ безъ указанія срока встрѣтитъ затрудненіе со стороны тѣхъ административныхъ органовъ, на обязанности которыхъ лежитъ утвержденіе такихъ распоряженій въ пользу юридическихъ лицъ.

Не менѣе труднымъ съ точки зрѣнія нашего законодательства является вопросъ о возможности предоставленія пользовладѣнія преемственно (по наслѣдству) въ пользу нѣсколькихъ лицъ, напр., въ пользу опредѣленнаго лица, а за его смертью дѣтямъ, а за ихъ смертью внукамъ. Принимая въ соображеніе мотивы, которыми руководствовался законодатель, преграждавшій возможность субституціи, примѣняясь къ общему духу законодательства, не благопріятствующему обремененіемъ права

собственности, слѣдуетъ, кажется, разрѣшить настоящій вопросъ въ томъ смыслѣ, что пользовладѣніе можетъ быть предоставлено только лицамъ, существующимъ уже въ моментъ совершенія сдѣлки. Но нѣтъ препятствій къ тому, чтобы назначить пожизненными владѣльцами нѣсколько лицъ изъ живущихъ уже въ моментъ совершенія учредительнаго акта, совмѣстно или преемственно. Наша практика приходитъ къ тому же выводу, основываясь на томъ, что законодатель противополагаетъ срочному владѣнію пожизненное, какъ наибольшее по своей продолжительности (кас. рѣш. 1892, № 76).

Отношеніе управомоченнаго субъекта къ вещи заключается въ пользованіи ею и въ извлеченіи всѣхъ тѣхъ доходовъ, которые она можетъ давать безъ измѣненія своего существа. Отсюда слѣдуетъ, что объектомъ пользовладѣнія могутъ быть только вещи непотребляемыя, иначе пользовладѣльцу нельзя было бы осуществить своего права, не измѣнивъ существа вещи и не нарушивъ правъ собственника на эту вещь. Поэтому деньги могутъ стать объектомъ пользовладѣнія только при условіи индивидуализированія обращеніемъ въ процентныя бумаги, помѣщеніемъ въ кредитное установленіе (кас. рѣш. 1898, № 5). Объемъ права пользовладѣнія, конечно, опредѣляется прежде всего актомъ, которымъ оно установлено. Но въ случаѣ молчанія акта по этому вопросу или существенныхъ пробѣловъ, или, наконецъ, пользовладѣнія въ силу закона, необходимо признать, что пользовладѣлецъ не долженъ эксплоатировать имѣніе съ измѣненіемъ его прежняго вида, пользоваться плодами въ ущербъ производительнымъ силамъ вещи. Такъ, напр., пользовладѣлецъ не въ правѣ вырубить лѣсъ и превратить его въ пашню. Лѣса, въ имѣніи состоящіе, пользовладѣлецъ обязанъ раздѣлить, по правиламъ лѣсного хозяйства, на годовыя лѣсосѣки, для соразмѣрной съ произрастаніемъ деревъ вновь вырубки. Если же лѣсъ, по незначительности и малоцѣнности своей, не допускаетъ правильнаго лѣсного хозяйства, то пользовладѣлецъ долженъ ограничиться употребленіемъ лѣсныхъ матеріаловъ единственно для отопленія и поддержанія жилыхъ и другихъ хозяйственныхъ строеній въ имѣніи (т. X ч. 1 ст. 533^{6}). Пользовладѣлецъ обязанъ находящееся въ его пользованіи имѣніе поддерживать и охранять отъ разстройства и упадка всѣми зависящими отъ него мѣрами (т. X ч. 1 ст. 533^{5}). Слѣдовательно, онъ не въ правѣ запускать эксплоатацію существующихъ въ имѣніи фабрикъ, заводовъ, лѣ-

сопильныхъ и т. п., если только прекращеніе ихъ дѣйствія не вызывается экономическими условіями рынка.

Пользовладѣлецъ не въ правѣ запускать хозяйство, а потому на его обязанности лежитъ текущій ремонтъ, т.-е. исправленія, періодически вызываемыя дѣйствіемъ времени, которыя приняты въ каждомъ благоустроенномъ хозяйствѣ. Но на него нельзя возлагать обязанности производить капитальный ремонтъ, если только необходимость его не вызвана упущеніями со стороны пользовладѣльца въ своевременномъ производствѣ текущаго ремонта. Такъ какъ въ пользованіе его перешло опредѣленное въ хозяйственномъ отношеніи имѣніе, то его право распространяется на всѣ позднѣйшія приращенія къ имѣнію (т. X ч. 1 ст. 533[4]), безъ присвоенія ихъ, однако. При правильномъ хозяйствѣ повинности и налоги относятся къ издержкамъ производства и покрываются изъ доходовъ, а потому необходимо признать, что обязанность платить ихъ лежитъ не на собственникѣ, а на пользовладѣльцѣ (т. X ч. 1 ст. 533[11]).

Пользовладѣніе предоставляется опредѣленному лицу. Поэтому право это не можетъ быть передано другому путемъ возмездной или дарственной сдѣлки съ освобожденіемъ отъ отвѣтственности самого пользовладѣльца. Страннымъ поэтому представляется постановленіе нашего закона, который допускаетъ возможность предоставленія пользовладѣльцу въ завѣщаніи права заложить благопріобрѣтенное имѣніе (т. X ч. 1 ст. 1629 п. 2), что легко можетъ повести къ отчужденію имѣнія и во всякомъ случаѣ открываетъ возможность для пользовладѣльца лишить собственника его права на имѣніе, хотя для залога и требуется разрѣшеніе Сената. Но, если въ актѣ пользовладѣльцу право залога не предоставлено, то оно и не можетъ быть за нимъ признано (т. X ч. 1 ст. 1141). Если онъ самъ не имѣетъ права передачи пользованія, то и взысканіе можетъ быть обращено не на самое право пользованія, а только на доходы съ имѣнія. Указанному сейчасъ началу не противорѣчитъ возможность для пользовладѣльца извлекать плоды не своею непосредственно дѣятельностью, а путемъ отдачи имѣнія въ наемъ, по частямъ или въ цѣлости (т. X ч. 1 ст. 533[7]). Къ общимъ правиламъ о договорѣ имущественнаго найма законъ присоединяетъ то постановленіе, чтобы арендная плата была уплачиваема ежегодно и лишь по истеченіи года. Это положеніе имѣетъ въ виду предупредить обезцѣненіе имѣнія посредствомъ взиманія единовремѣнно арендной суммы за много лѣтъ впередъ, тѣмъ болѣе, что законъ при-

знаетъ обязательность такихъ арендныхъ договоровъ для собственника, къ которому имѣніе перейдетъ по смерти пользовладѣльца. Такъ какъ всякій арендаторъ можетъ опасаться неожиданнаго прекращенія договора со смертью пользовладѣльца, и потому могли бы встрѣтиться затрудненія къ заключенію арендныхъ договоровъ, то законъ даетъ нѣкоторыя обезпеченія подобнымъ сдѣлкамъ. Когда арендный договоръ былъ заключенъ пользовладѣльцемъ съ согласія собственника, то онъ сохраняетъ свою силу, несмотря на смерть пользовладѣльца, до истеченія условленнаго срока. Когда арендный договоръ былъ заключенъ пользовладѣльцемъ безъ согласія собственника, то онъ сохраняетъ свою силу по смерти пользовладѣльца въ продолженіе 3 лѣтъ, считая съ того дня, въ который окончился послѣдній истекшій при существованіи пользовладѣнія арендный годъ, если только условленный срокъ не истечетъ самъ собою ранѣе окончанія этого трехлѣтія (т. X ч. 1 ст. 1692[1]).

Пользовладѣніе, установленное на извѣстное имѣніе, не исключаетъ возможности обратить взысканіе на это послѣднее, если основаніемъ къ тому являются долги прежняго собственника, т.-е. лица, учредившаго пользовладѣніе. Если долги были обезпечены этою недвижимостью, то они удовлетворяются исключительно изъ этого имѣнія. Всѣ прочіе долги распредѣляются между пользовладѣльцемъ и наслѣдниками прежняго собственника (т. X ч. 1 ст. 533[2]). Распредѣленіе отвѣтственности должно быть, по закону, соразмѣрное. Неясно, по соразмѣрности съ чѣмъ? Распредѣленіе можетъ быть произведено пропорціонально цѣнности всѣхъ правъ, доставшихся по наслѣдованію собственнику имѣнія и пользовладѣльцу, но распредѣленіе можетъ быть произведено и пропорціонально цѣнности права пользовладѣльца и права собственника на самое имѣніе. Второе начало болѣе отвѣчаетъ общему смыслу ст. 533[2] т. X ч. 1. Сенатъ, «за неимѣніемъ болѣе точнаго основанія къ оцѣнкѣ», предлагаетъ, въ случаѣ обращенія взысканія на имѣніе, состоящее въ пользовладѣніи, при жизни пользовладѣльца, оцѣнивать право послѣдняго по десятилѣтней сложности дохода съ того имѣнія (кас. рѣш. 1895, № 82), а въ случаѣ взысканія, обращаемаго на имѣніе послѣ смерти пользовладѣльца—по общей суммѣ всего дохода, полученнаго за время пользованія (кас. рѣш. 1899, № 12). Конечно, это довольно произвольный выходъ, но найти другой, дѣйствительно трудно. Если долгъ не будетъ погашенъ доходами, то имѣніе

можетъ быть продано. Если вырученная отъ продажи имѣнія сумма будетъ меньше суммы долга или равна ей, то право пользовладѣльца прекращается за отсутствіемъ объекта. Если же сумма эта превыситъ сумму долга, то за пользовладѣльцемъ сохраняется право на полученіе процентовъ съ этого капитала, вносимаго въ кредитное установленіе и составляющаго собственность наслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 533[10]). Для пользовладѣльца обязательны также всѣ арендные договоры, заключенные прежнимъ собственникомъ. Когда участокъ, на который установлено пользовладѣніе, подвергается экспропріаціи, то вознагражденіе вносится въ мѣстное казначейство процентными бумагами, доходъ съ которыхъ поступаетъ къ пользовладѣльцу, а по смерти его или по истеченіи срока, на который установлено было пользовладѣніе, капиталъ переходитъ къ собственнику (т. X ч. 1 ст. 589 п. 2). На капиталы, переходящіе въ пользовладѣніе родителей послѣ безпотомственной смерти ихъ дѣтей, обращается предварительное взысканіе со стороны кредиторовъ наслѣдодателя (т. X ч. 1 ст. 1146).

Право настоящаго собственника имѣнія, которое состоитъ въ пользовладѣніи, заключается только въ возможности передачи права собственности другому лицу путемъ продажи, даренія т. X ч. 1 ст. 521). Но это обстоятельство не имѣетъ никакого вліянія на права пользовладѣльца. Кредиторамъ собственника принадлежитъ также право отчужденія его имѣнія, но продажа съ торговъ не можетъ нарушить вещныхъ правъ пользовладѣльца, а на доходы съ имѣнія не имѣетъ права самъ собственникъ, слѣдовательно и его кредиторы не могутъ обратить на нихъ свое взысканіе. Наше законодательство не даетъ собственнику права требовать ни прекращенія пользовладѣнія, ни обезпеченія въ виду эксплоатаціи имѣнія въ ущербъ существу его, или вопреки учредительному акту, хотя такое право, по справедливости, и слѣдовало бы признать за нимъ. Пользовладѣлецъ можетъ разорить имѣніе, и если онъ умираетъ безъ наслѣдниковъ и безъ имущества, то собственнику неоткуда будетъ искать удовлетворенія (франц. гражд. код. § 601, герм. гражд. улож. § 1051, швейц. гражд. код. § 760). Но, съ точки зрѣнія русскаго права, собственникъ не можетъ просить судъ о прекращеніи пользованія до срока или до смерти пользовладѣльца. По окончаніи пользовладѣнія имѣніе переходитъ къ собственнику, а вмѣстѣ съ тѣмъ ему принадлежитъ право искать съ пользовладѣльца или его наслѣдниковъ вознагра-

жденія за вредъ, причиненный имѣнію (т. X, ч. 1, ст. 693). Съ наступленіемъ факта, прекращающаго пользовладѣніе, плоды переходятъ къ собственнику. Поэтому пользовладѣлецъ не могъ продать плодовъ, еще не снятыхъ въ моментъ окончанія его права. Сдѣлка о запродажѣ урожая не можетъ имѣть силы для собственника, вступившаго въ свои права, но она сохраняетъ свое значеніе для наслѣдниковъ пользовладѣльца.

Пользовладѣніе можетъ прекратиться по слѣдующимъ причинамъ. a) Если оно было пожизненнымъ, то смерть субъекта прекращаетъ и право. Лишеніе всѣхъ правъ состоянія также прекращаетъ пользовладѣніе и не переноситъ это право на наслѣдниковъ пользовладѣльца, которые могли бы осуществить его до естественной смерти прежняго субъекта. Едва ли можно отстаивать переходъ пользовладѣнія, даже пожизненнаго, къ наслѣдникамъ лишеннаго всѣхъ правъ состоянія на время его жизни (кас. рѣш. 1892, № 11); если допускается временное осуществленіе этого права посторонними лицами, которымъ пользовладѣлецъ уступилъ по договору, то не слѣдуетъ упускать изъ виду, что это составляетъ лишь форму осуществленія пользованія со стороны самого пользовладѣльца, а настоящій случай составилъ бы осуществленіе помимо или даже противъ его воли. b) При установленіи пользовладѣнія на срокъ, истеченіе срока прекращаетъ право. c) Пользовладѣніе должно считаться прекратившимся вмѣстѣ съ совершенною гибелью вещи, пользованіе которою составляло предметъ права, напр., въ случаѣ пожара, уничтожившаго домъ, бури, потопившей пароходъ. Однако, если вещь была застрахована, то страховая сумма должна составить капиталъ, проценты съ котораго идутъ въ пользу пользовладѣльца. d) Такое же прекращающее дѣйствіе имѣетъ сліяніе въ одномъ лицѣ правъ собственника и пользовладѣльца, напр., когда пользовладѣлецъ является единственнымъ наслѣдникомъ послѣ умершаго собственника или когда пользовладѣлецъ по договору уступилъ свое право собственнику. e) Сомнительнѣе представляется вопросъ, прекращается ли пользовладѣніе вслѣдствіе того, что субъектъ его не осуществляетъ своего права болѣе 10 лѣтъ? Нѣтъ основанія дѣлать для пользовладѣнія исключеніе изъ общаго правила о дѣйствіи исковой давности.

§ 27.

Наслѣдственное пользованіе.

Литература: Незабитовскій, *Замѣчанія по вопросу о чиншевомъ владѣніи въ западныхъ губерніяхъ*, 1883; Пихно, *О чиншевомъ владѣніи въ западныхъ губерніяхъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1887, № 5); Гантоверъ, *О происхожденіи и сущности чиншеваго владѣнія*, 1884; Спасовичъ, *Источники чиншеваго права*, 1886; Рембовскій, *Исторія и значеніе чиншеваго владѣнія въ Западномъ краѣ*, 1886; Шимановскій, *О чиншевыхъ правоотношеніяхъ*, 1886; Боровиковскій, *Отчетъ судьи*, т. I, 1891, стр. 1—95; Рейнке, *Очеркъ вѣчночиншеваго права, дѣйствующаго въ губерніяхъ Царства Польскаго* („Ж. М. Ю.“, 1900, № 6); Удинцевъ, *Поссессіонное право*, 1896; Удинцевъ, *Русское горноземельное право*, 1909; Савичъ, *Русское горное законодательство*, 1905.

I. Исторія. Своеобразный общественный складъ средневѣковой Западной Европы, построенный на феодальныхъ началахъ, привелъ къ господству наслѣдственнаго пользованія чужой землей. Для высшихъ классовъ наслѣдственное пользовладѣніе вылилось въ форму бенефицій, обусловленныхъ службой и нормированныхъ леннымъ правомъ, для крестьянъ оно выразилось въ видѣ вѣчно-потомственнаго пользованія подъ условіемъ оброка деньгами или натурой. Чѣмъ меньше казалось обезпеченіе твердости правового порядка, тѣмъ больше было основаній къ укрѣпленію такого права, потому что только надежда на сохраненіе въ потомствѣ результатовъ труда, вложеннаго въ землю, способна была преодолѣть страхъ арендатора. Такія поземельныя отношенія съ теченіемъ времени пріобрѣли большую крѣпость, но вмѣстѣ съ тѣмъ крайне осложнили и запутали отношенія между собственниками и пользовладѣльцами.

Французская революція, враждебная средневѣковымъ традиціямъ и воодушевленная идеей свободной частной собственности, отнеслась отрицательно къ старымъ поземельнымъ отношеніямъ. Наслѣдственное пользованіе, закономъ 1790 года, должно было превратиться, путемъ выкупа, въ личную собственность. На будущее время запрещено было устанавливать вновь такія зависимыя формы землевладѣнія. Въ половинѣ XIX столѣтія отрицательное отношеніе къ наслѣдственному пользовладѣнію охватило и германскія государства, не смотря на преклоненіе нѣмцевъ передъ римскимъ правомъ, которое оставило такіе развитые институты, какъ emphyteusis и super-

ficies. Сначала Австрія (1848), потомъ Пруссія (1850) приступаютъ къ ликвидаціи этихъ поземельныхъ отношеній съ запрещеніемъ возникновенія ихъ въ будущемъ. Германское гражданское уложеніе не знаетъ наслѣдственнаго пользованія землею и признаетъ только наслѣдственную застройку (§§ 1012—1017).

Но въ нѣкоторыхъ странахъ эта форма землевладѣнія сохранилась, имѣетъ крупное соціальное значеніе, и подверглась заново законодательному нормированію. Таковы Голландія, Португалія, Испанія.

Въ Россіи, независимо отъ помѣстной системы, при которой пользованіе государственной землей подъ условіемъ службы, пріобрѣтало постепенно наслѣдственный характеръ, мы встрѣчаемъ тяглыя имущества, земли въ уѣздахъ, дворы и лавки въ городахъ, которыя сдавались податному сословію въ вѣчное потомственное пользованіе подъ условіемъ платежа оброка. При Петрѣ I появляется поссессіонное владѣніе фабриками и заводами. Въ XIX столѣтіи значительное распространеніе пріобрѣтаетъ сдача казенныхъ земель въ оброчное содержаніе. Расширеніе границъ русской территоріи привело къ столкновенію русскаго права съ такими формами землевладѣнія, которыя успѣли развиться въ отторгнутыхъ частяхъ другихъ государствъ, особенно чиншевое владѣніе. Въ послѣднее время вниманіе обращается на право застройки въ городахъ. Въ виду такого историческаго накопленія матеріала, существующія въ русскомъ законодательствѣ постановленія о наслѣдственномъ пользованіи не отличаются ни систематичностью въ изложеніи, ни выдержанностью положенныхъ въ ихъ основу началъ.

II. Казенное оброчное содержаніе. Казенными оброчными статьями называются казенныя недвижимости, отдаваемыя въ оброчное, съ публичныхъ торговъ, содержаніе (т. VIII, ч. 1, уст. каз. обр. ст. 1). Если казенная оброчная статья отдана въ содержаніе подъ условіемъ платежа въ казну неизмѣннаго оброка безъ опредѣленія времени, когда торги на нее должны быть назначены вновь, то такое содержаніе называется безсрочнымъ или безпереоброчнымъ, и чаще всего устанавливается «навсегда» (ст. 55 и 56). Содержатель долженъ пользоваться предоставленною ему землею на точномъ основаніи контракта (ст. 69). Содержатель, не уплатившій своевременно оброка, подвергается законной неустойкѣ, но можетъ быть также лишенъ и самаго права (ст. 71). Слѣдовательно, наслѣдственное пользовладѣніе въ этомъ случаѣ со-

храняется, пока содержатель оброчной статьи не нарушаетъ своихъ обязательствъ по платежу оброка и по хозяйственному отношенію къ землѣ и воздвигнутымъ на ней строеніямъ.

Въ потомственное пользованіе могутъ быть отдаваемы земли и лѣса частнымъ лицамъ подъ разныя хозяйственныя заведенія, напримѣръ: подъ фруктовые и виноградные сады, тутовыя рощи, разсадники разныхъ лѣсныхъ деревъ, огороды для мануфактурныхъ и торговыхъ растеній, мельницы, фабрики, заводы и т. п. (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз. ст. 28, прил. ст. 1).

III. Поссессіонное право. Подъ этимъ именемъ понимается право наслѣдственнаго пользовладѣнія казенною землею въ цѣляхъ эксплоатаціи горнаго завода частнымъ лицомъ (т. VII, уст. горн. ст. 4 и 5). Горный промыселъ или горный заводъ могъ быть переданъ казною частному лицу или быть устроенъ самимъ частнымъ лицомъ. Горнозаводчикъ пользуется не только землей, на которой или въ которой находится заводъ, но также нѣдрами земли для добыванія матеріала заводскаго, и лѣснымъ топливомъ. Въ прежнее время пользованіе распространялось и на личный трудъ крѣпостныхъ людей.

Наслѣдственность и отчуждаемость права, а также вліяніе поссессіонеровъ смутили нашу практику, судебную и административную, въ опредѣленіи юридической природы поссессіоннаго права. Одно время Сенатъ держался того взгляда, что «поссессіонное право есть право частной собственности, но неполное, ограниченное условіями, вытекающими изъ назначенія ихъ (заводовъ) горнозаводской дѣятельности» (кас. рѣш. 1887, № 9). Но позднѣе Сенатъ измѣнилъ свой взглядъ. «Право собственности на землю и лѣса, приписанные къ поссессіонному заводу, принадлежитъ казнѣ, владѣлецъ же поссессіоннаго завода имѣетъ лишь право пользованія и владѣнія оными, отдѣльнаго отъ права собственности, но не сходнаго съ арендным пользованіемъ; поссессіонное право представляетъ собою совершенно самостоятельный и отличный отъ арендnаго права родъ владѣнія, заключающійся въ томъ, что казна, сохраняя за собой право собственности на земли и лѣса, предоставляетъ ихъ въ пользованіе и распоряженіе (?) частныхъ лицъ подъ условіемъ лишь употребленія оныхъ для опредѣленныхъ цѣлей, а именно для дѣйствія горныхъ заводовъ» (кас. рѣш. 1899, № 56).

Въ самомъ дѣлѣ, законъ указываетъ, что частные горные промыслы и заводы состоятъ въ частномъ владѣніи или на

правѣ поссессіонномъ, или на правѣ владѣльческой собственности (уст. горн. ст. 4), и этимъ ясно подчеркиваетъ отличіе права поссессіоннаго отъ права собственности. Законъ прямо называетъ земли поссессіонныхъ заводовъ казенными землями, состоящими въ безсрочномъ пользованіи (уст. горн. ст. 256, п. 3). По закону всякій имѣетъ право въ земляхъ, отведенныхъ отъ казны поссессіонному заводу, искать руды другого металла, кромѣ того, который выплавляется или выдѣлывается на заводѣ (уст. горн. ст. 197), а это стоитъ въ противорѣчіи съ основнымъ положеніемъ нашего законодательства, которое признаетъ исключительно за собственникомъ право на нѣдра.

Пользовладѣніе поссессіонера связывается съ повышенными платежами, сравнительно съ собственниками, напр., въ отношеніи подати съ лигатурнаго золота, подати съ платины и серебра, подати съ мѣди, чугуна, ртути и цинка (уст. горн. стт. 772, 803, 804). Поссессіонное пользовладѣніе обусловливается дѣйствіемъ горнаго завода, а потому съ прекращеніемъ промысла земля и лѣса, отведенные подъ заводъ, должны возвратиться къ казнѣ, какъ къ собственнику.

IV. Чиншевое право. На всемъ пространствѣ западной Россіи, а также въ Новороссійскомъ краѣ, весьма распространено отношеніе, издавна установившееся въ этихъ мѣстахъ и извѣстное подъ именемъ чиншеваго права. Подъ этимъ именемъ понимается вещное право наслѣдственнаго пользованія чужою землею, подъ условіемъ взноса платы въ опредѣленномъ разъ навсегда размѣрѣ. Объектомъ чиншеваго права является какъ сельская, такъ и городская недвижимость. Оно существенно отличается отъ аренднаго пользованія тѣмъ, что оно, во-первыхъ, безсрочно и, во-вторыхъ, имѣетъ вещный характеръ (кас. рѣш. 1877, № 109).

Чиншевое пользованіе землею въ губерніяхъ, принадлежавшихъ къ составу Царства Польскаго до присоединенія ихъ къ Россіи, сложилось исторически. Самое названіе института представляетъ собою исковерканное латинское слово census (census, Zins, чиншъ). Крупная поземельная собственность сосредоточилась въ рукахъ немногихъ фамилій, принадлежавшихъ къ высшему классу. Это обстоятельство вызвало, какъ и всегда, потребность въ рабочихъ силахъ. Привлеченіе рабочихъ возможно было только на условіяхъ наслѣдственнаго пользованія, потому что такой способъ эксплоатаціи земли представлялъ

обоюдныя выгоды. Чиншевнику обезпечивалась постоянная осѣдлость, возбуждался интересъ къ лучшей обработкѣ земли, къ созданію сельскохозяйственныхъ строеній, такъ какъ онъ зналъ, что все его достояніе перейдетъ не къ чужому, а къ собственнымъ дѣтямъ. Для собственника выгода состояла въ томъ, что земля не истощалась, какъ это бываетъ при временномъ арендномъ пользованіи, а, напротивъ, удобрялась, лѣсъ сберегался, строенія не разрушались, а поддерживались. Чиншевыя отношенія складывались въ Западномъ краѣ съ XIV столѣтія, когда Польша и Литва были еще раздѣльны. Продолжаясь въ теченіе нѣсколькихъ вѣковъ, чиншевое пользованіе окрѣпло особенно въ концѣ XVIII столѣтія, когда установилась безопасность отъ хищническихъ набѣговъ крымскихъ татаръ и открылись новыя мѣста для заселенія. Съ движеніемъ поселенцевъ въ Новороссійскій край, для землевладѣльцевъ возникла опасность остаться безъ рабочихъ рукъ. Поэтому они готовы были согласиться на какія угодно условія, лишь бы сохранить на своей землѣ чиншевиковъ. Низкій чиншъ и прочность права послужили къ задержанію населенія.

Присоединяя къ Россіи часть Царства Польскаго въ концѣ XVIII столѣтія, русское правительство обезпечило жителямъ этихъ мѣстъ неприкосновенность ихъ имущественныхъ правъ, сложившихся подъ силою мѣстныхъ законовъ и обычаевъ. Хотя указомъ 25 іюля 1840 года дѣйствіе общихъ законовъ Имперіи распространено и на западныя губерніи, но по общему правилу, подтвержденному въ указѣ, права, пріобрѣтенныя на прежнихъ законахъ, должны были сохранить свою силу и на будущее время. Слѣдовательно, чиншевыя отношенія, сложившіяся до 1840 года, не возбуждали никакихъ сомнѣній. Вопросъ былъ поставленъ относительно возможности установленія вновь подобныхъ отношеній, не встрѣчаютъ ли они препятствія въ общемъ русскомъ законодательствѣ. Положеніе 9 іюня 1886 года о поземельномъ устройствѣ сельскихъ вѣчныхъ чиншевиковъ въ губерніяхъ Западныхъ и Бѣлорусскихъ признало, что до 1876 года чиншевое пользованіе могло возникать (т. IX, особ. прил. разд. VII, ст. 669). Цѣль этого закона состояла въ прекращеніи чиншевыхъ отношеній, какъ спутывающихъ и обезцѣнивающихъ поземельную собственность. Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ содержитъ въ себѣ крупную юридическую ошибку: признавъ силу за чиншевыми отношеніями, установившимися до 1876 г., законъ отвергаетъ возможность

ихъ установленія съ 1876 г. безъ всякихъ причинъ, при совершенномъ равенствѣ условій.

Законъ 1886 года, по соображеніямъ политическимъ, съ цѣлью ослабить поземельную зависимость низшаго класса главнымъ образомъ отъ польскихъ помѣщиковъ, рѣшилъ ликвидировать установившіяся чиншевыя отношенія. Въ теченіе 3 лѣтъ (до 1889 г.) чиншевикамъ и собственникамъ предоставлялось добровольно согласиться о прекращеніи чиншеваго пользованія: 1) посредствомъ выкупа собственникомъ чиншеваго права, или 2) пріобрѣтеніемъ чиншевикомъ въ собственность чиншеваго участка, или же 3) замѣною чиншеваго пользованія арендою (ст. 676). Съ 1889 г. сельскіе чиншевики пріобрѣтаютъ въ собственность признанныя за ними чиншевыя земли посредствомъ обязательнаго, при содѣйствіи правительства, выкупа всѣхъ лежащихъ на землѣ повинностей (ст. 679). Для этого требуется, конечно, предварительное установленіе наличности чиншеваго права, что представляется далеко нелегкимъ въ виду неформальнаго характера такихъ отношеній.

Однако, этотъ законъ, направленный къ уничтоженію чиншеваго пользованія, не устранилъ въ дѣйствительности вопроса о чиншевомъ правѣ. Во-первыхъ, онъ касается только сельскихъ чиншевиковъ, тогда какъ городскіе чиншевики представляютъ также весьма значительный классъ (кас. рѣш. 1889, № 131). Во-вторыхъ, чиншевыя отношенія могутъ возникать вновь, если не въ Западныхъ губерніяхъ, то въ другихъ мѣстахъ. Примѣромъ этого служитъ Новороссійскій край. Законъ 1886 года, признавшій возможность возникновенія чиншевыхъ отношеній послѣ 1840 года, тѣмъ самымъ разрѣшилъ вопросъ о соотвѣтствіи чиншеваго права духу русскаго права, слѣдовательно устранилъ препятствіе для возникновенія чиншевыхъ отношеній въ любомъ мѣстѣ русскаго государства. Да и Сенатъ, разсматривавшій дѣло о чиншевомъ правѣ въ Новороссійскомъ краѣ, косвенно выразилъ возможность его возникновенія вновь вопреки закону 1886 года. Чиншевое право можетъ возникать даже въ тѣхъ мѣстностяхъ, изъ которыхъ законодатель имѣетъ въ виду изгнать его, потому что законъ не поставилъ препятствія къ возникновенію подобныхъ правъ. Поэтому-то чиншевое право, несмотря на законъ 1886 года и даже благодаря ему, не утратило своего интереса для русскаго юриста.

Чиншевыя отношенія въ свое время устанавливались по

письменнымъ и словеснымъ сдѣлкамъ, и потому доказательствами этого права могутъ служить не только документы (учредительные акты, расписки о полученіи чинша, акты о переходѣ права), но и свидѣтельскія показанія, дознаніе черезъ окольныхъ людей. Однако, для признанія чиншевыхъ правъ, возникшихъ послѣ 1840 г., необходимы письменныя доказательства (ст. 669). Собственникъ, отрицающій права даннаго лица на чиншевое пользованіе, находится въ опасности, что чиншевикъ, умалчивая также о характерѣ своего отношенія къ землѣ и признавая самовольность своего владѣнія, сошлется на давность и, такимъ образомъ, пріобрѣтетъ право собственности. Въ этомъ заключается невыгодная сторона спора собственника противъ чиншевика и отрицанія неформальныхъ доказательствъ.

Права чиншевика заключаются въ пользованіи землею или домомъ, въ распоряженіи ими на случай своей смерти и въ передачѣ ихъ по сдѣлкѣ другому лицу, напр., на основаніи купли-продажи. Такая свобода распоряженій со стороны самого чиншевика даетъ право и его кредиторамъ обратить свое взысканіе на чиншевый участокъ и требовать судебнаго отчужденія чиншеваго права (ст. 690). Обязанности чиншевика сводятся къ уплатѣ періодически извѣстной суммы, чинша, размѣръ которой установленъ разъ навсегда и не можетъ быть возвышенъ по требованію собственника земли, безъ согласія чиншевика (ст. 667). Но ничто, конечно, не мѣшаетъ измѣнить условія чиншеваго владѣнія по взаимному соглашенію. Чиншъ уплачивается или деньгами, или исполненіемъ натуральныхъ повинностей, или же тѣмъ и другимъ вмѣстѣ. Неплатежъ чинша даетъ собственнику право взыскивать должную сумму съ чиншевика, но не ведетъ къ прекращенію чиншеваго отношенія. Чиншевое пользованіе предоставлено было нѣкоторымъ лицамъ за какую-либо услугу или за единовременно внесенную сумму; въ такихъ случаяхъ чиншевики, носящіе на юго-западѣ названіе граціалистовъ, пользуются землею безвозмездно и безповоротно.

Возвращеніе земли, занятой чиншевикомъ, къ собственнику, возможно въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) по отказу чиншевика и 2) за отсутствіемъ законныхъ наслѣдниковъ у чиншевика, не сдѣлавшаго при жизни распоряженія.

§ 29.

Залоговое право.

Литература: Гантоверъ, *Залоговое право*, 1890; Кассо, *Понятіе о залогѣ въ современномъ правѣ*, 1898; Звоницкій, *О залогѣ по русскому праву*, 1912; Товстолѣсъ, *Сущность залога въ историческомъ развитіи на русскому гражданскому праву* („Ж. М. Ю.“ 1898, №№ 8 и 9); Мейеръ, *Древнее русское право залога*, 1855; Неволинъ, *Исторія россійскихъ гражданскихъ законовъ*, т. III, отд. 8; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. III, 1901, стр. 341—444; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. 1, стр. 571—639; Соповъ, *Ипотека по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ*, 1889; Васьковскій, *Закладъ движимой вещи* („Ж. М. Ю.“ 1898, № 5); Бобриковъ, *По вопросу о передачѣ закладныхъ крѣпостей* („Ж. М. Ю.“ 1898; № 6); Струковъ, *О закладѣ долговыхъ требованій*, 1890; Базановъ, *Происхожденіе современной ипотеки*, 1900; Гойхбаргъ, *Закладъ движимости* (Право, 1911, № 25, 26 и 27); Каминка, *Вопросы заклада движимаго имущества* (Право, 1911, 34 и 35); Бутовскій, *Досрочное погашеніе закладной* (В. пр. и нот. 1911, № 25).

I. Понятіе о залогѣ. Въ противоположность личному кредиту, основанному на довѣріи кредитора къ честности, имущественному и общественному положенію, дѣловитости должника, реальный кредитъ основывается на увѣренности кредитора въ существованіи цѣнности, готовой всегда служить къ удовлетворенію его на случай неисполнительности должника. Обезпеченіемъ права кредитора является прежде всего имущество должника въ томъ его составѣ, какой оно имѣетъ въ моментъ обращеннаго на него взысканія. Но кредитору всегда грозитъ опасность, что имущество должника окажется ниже цѣнности обязательства, что къ имуществу будетъ предъявлено одновременно столько требованій со стороны еще другихъ кредиторовъ, что при возможности удовлетворить каждое въ отдѣльности, оно не вынесетъ тяжести совокупности ихъ. Въ виду такой опасности, предотвратить которую кредиторъ не въ состояніи, онъ предпочтетъ выбрать изъ всего имущества должника опредѣленную вещь, соотвѣтствующую по цѣнности суммѣ долга, и выговорить себѣ право исключительнаго удовлетворенія изъ стоимости этого предмета. Такое обезпеченіе достигается посредствомъ залога.

Залоговымъ правомъ признается право на чужую вещь, принадлежащее вѣрителю въ обезпеченіе его права требованія по обязательству и состоящее въ возможности преимуще-

ственнаго удовлетворенія изъ цѣнности данной вещи. Залоговое право называется также просто залогомъ, хотя то же имя употребляется для обозначенія объекта залоговаго права.

1. Оно является *вещнымъ правомъ*, относящимся къ группѣ правъ на чужую вещь. Вещный характеръ его обнаруживается изъ того, что, имѣя своимъ объектомъ вещь, оно всюду слѣдуетъ за нею, независимо отъ права собственности на нее, которое можетъ переходить отъ одного лица къ другому (т. X ч. 1 ст. 694 прил. ст. 3). Противъ этого Анненковъ возражаетъ, что, по нашему закону, такія послѣдствія недопустимы, такъ какъ заложенное имѣніе неспособно переходить по сдѣлкамъ къ другимъ лицамъ, вслѣдствіе чего залоговое право у насъ является съ характеромъ не вещнаго, а личнаго права. Но если заложенное имѣніе нельзя пріобрѣсти въ силу купли-продажи или даренія, то его можно пріобрѣсти посредствомъ давностнаго владѣнія, и тутъ-то и проявятся вещныя послѣдствія. Наша практика признаетъ вещный характеръ залогового права: «залогъ недвижимости устанавливаетъ между вошедшими въ договоръ лицами не только личныя отношенія должника къ кредитору, но и вещное право кредитора на предметъ, принятый въ обезпеченіе долга» (кас. рѣш. 1910, № 21). Помимо того, залоговое право обнимаетъ и залогъ движимыхъ вещей, для котораго нѣтъ сомнѣнія въ вещномъ его характерѣ. Однако, залоговое право, въ качествѣ вещнаго, не лишено нѣкоторыхъ особенностей, отличающихъ его отъ другихъ вещныхъ правъ. Въ противоположность другимъ вещнымъ правамъ, оно не имѣетъ самостоятельнаго значенія, а стоитъ въ зависимости отъ права по обязательству. Тогда какъ содержаніе другихъ вещныхъ правъ заключается въ пользованіи вещью, залоговое право не даетъ ни владѣнія, ни пользованія. Зато залоговое право даетъ субъекту его несравненно большее правомочіе, чѣмъ другія вещныя права,—оно можетъ повлечь за собою лишеніе собственника принадлежащаго ему права собственности. Но законъ нашъ идетъ слишкомъ далеко, когда утверждаетъ, что «залогъ есть не что иное, какъ отчужденіе права распоряженія, составляющаго нераздѣльную принадлежность права собственности» (т. XI ч. 2, уст. суд. торг., ст. 476, прим.). Съ точки зрѣнія закона выходитъ, будто залогъ составляетъ передачу права собственности, тогда какъ на самомъ дѣлѣ этого нѣтъ. Собственникъ, отдавая имѣніе въ залогъ, не лишилъ себя права распоряженія, напр., заключенія

арендныхъ договоровъ. Если по нашему праву залогъ препятствуетъ продажѣ, то эта особенность не составляетъ вовсе существа залогового права.

2. Залоговое право представляетъ собою право на *чужую вещь*, такъ какъ только цѣнность чужого имущества можетъ служить обезпеченіемъ права требованія. Поэтому предметомъ залога не можетъ быть собственная вещь, и пріобрѣтеніе права собственности на вещь, состоящую въ залогѣ того же лица, прекращаетъ залоговое право. Однако, при германской ипотечной системѣ (§§ 1143, 1163, 1196) можетъ быть установлено залоговое право на недвижимость въ пользу самого собственника. Впрочемъ, собственникъ лишенъ возможности осуществить свое право обращеніемъ взысканія на залогъ (§ 1197).

3. Такъ какъ цѣль залога состоитъ въ обезпеченіи права требованія, то залоговое право представляетъ собою *дополнительное отношеніе*, предполагающее наличность другого, обязательственнаго, отношенія. Современное германское право допускаетъ установленіе залогового права на недвижимость, совершенно оторванное отъ обязательства, какъ абстрактное право на извѣстную часть цѣнности (Grundschuld, §§ 1191 — 1198). Что такое право можетъ существовать — въ этомъ нѣтъ сомнѣнія, разъ оно существуетъ, но чтобы оно было залоговымъ правомъ — это вопросъ. Во всякомъ случаѣ наше законодательство смотритъ на залогъ, какъ на средство обезпеченія договоровъ (т. X ч. 1 стт. 1554 и 1587), а, слѣдовательно, признаетъ его акцессорность. Какъ дополнительное, вещное право залога не можетъ возникнуть ранѣе обязательнаго права и не можетъ продолжаться, когда прекратилось обязательственное отношеніе. Поэтому, если между двумя лицами состоялось соглашеніе о предоставленіи извѣстной вещи въ залогъ по обязательству, еще не возникшему, то вещное право пріобрѣтается только съ установленіемъ обязательственнаго отношенія.

II. Исторія залогового права. Повсюду развитіе залогового права испытываетъ глубокія измѣненія. Въ римскомъ правѣ первоначально должникъ передавалъ кредитору закладываемую вещь въ собственность, съ правомъ требовать ея возвращенія при платежѣ долга (fiducia). Позднѣе выработалась другая форма залога, при которой должникъ передавалъ кредитору закладываемую вещь только во владѣніе, при чемъ по особому соглашенію (lex commissoria) владѣніе, въ случаѣ не-

исправности должника, могло превратиться въ право собственности кредитора. Наконецъ, третья форма залога заключалась въ сохраненіи за должникомъ не только права собственности на закладываемую вещь, но и владѣнія ею, а кредитору давалось право удовлетворенія своего требованія изъ цѣнности вещи путемъ ея продажи. Сходныя ступени въ развитіи залога даетъ исторія германскаго права. Сначала вещь переходила въ собственность кредитора, но, по погашеніи долга, само собой, немедленно возвращалась къ должнику. Въ дальнѣйшемъ передача въ собственность замѣнилась передачею во владѣніе кредитора (ältere Satzung) и даже пользованіе, при чемъ доходы шли или въ погашеніе долга или въ уплату процентовъ. На третьей ступени должникъ сохранялъ за собою владѣніе и пользованіе заложенной вещью, а кредиторъ получалъ только право на удовлетвореніе изъ цѣнности вещи (neuere Satzung).

Не менѣе сложно, и въ то же время сходно было развитіе залогового права въ Россіи. Въ древнѣйшую эпоху обезпеченіемъ исполнительности должника служила его личность, а не имущество (закупничество). Свобода лица была порукою кредитору, что должникъ выполнитъ то, къ чему обязался. Поэтому указанія на залогъ встрѣчаются въ исторіи русскаго права довольно поздно. Въ центрахъ развитія торговаго оборота залогъ выступаетъ раньше и притомъ сразу пріобрѣтаетъ значительное распространеніе. Такъ, въ Русской Правдѣ мы не встрѣчаемъ указаній на залогъ, тогда какъ по Псковской Судной Грамотѣ залогъ соединяется съ каждою сдѣлкою, которая превышаетъ по цѣнности рубль. Въ актахъ юридическихъ XV столѣтія мы встрѣчаемъ уже многочисленные случаи залога движимыхъ и недвижимыхъ вещей, которыми обезпечивается договоръ займа.

Наиболѣе раннею формою залога въ Россіи является передача вещей во владѣніе кредитора, которое соединяется чаще всего съ пользованіемъ. Было высказано мнѣніе (Мейеръ), что древнее русское залоговое право представляло собою, подобно римской fiducia, не что иное, какъ отчужденіе права собственности въ пользу кредитора съ сохраненіемъ за должникомъ права выкупа въ случаѣ своевременнаго погашенія долга. Однако, при разсмотрѣніи закладныхъ грамотъ, на которыхъ это мнѣніе основывалось, обнаруживается, что пріобрѣтеніе права собственности кредиторомъ отнесено къ моменту просрочки, а не установленія залога: «а не будутъ деньги на

срокъ, ся кабала на ту пожню и купчая грамота». Даже самое право пользованія заложенною вещью, повидимому, — явленіе позднее, такъ какъ въ дошедшихъ актахъ кредитору предоставляется «за ростъ пахати», «за ростъ косити», что̀ подаетъ поводъ думать, что само собою подобное право не предполагалось. Повидимому, первоначальною формою залога являлось предоставленіе кредитору пользованія имѣніемъ должника за полученную послѣднимъ отъ кредитора сумму денегъ, при чемъ не кредиторъ имѣлъ право требовать платежа долга, а должникъ имѣлъ право требовать возвращенія имѣнія при условіи платежа долга. Дальнѣйшимъ развитіемъ залога оказывается превращеніе владѣнія и пользованія, при просрочкѣ должника, въ право собственности кредитора: «ся закладная и купчая». Особо держится, преимущественно въ торговыхъ городахъ, залогъ съ сохраненіемъ за должникомъ владѣнія и пользованія вещью, домомъ, лавкой, и съ превращеніемъ его въ собственность кредитора лишь съ момента просрочки.

Представленіе о залогѣ вещи, какъ содержащемъ въ себѣ in potentia право собственности кредитора въ случаѣ просрочки должника, крѣпко укоренившееся въ жизни, встрѣтило въ XVI вѣкѣ первую попытку замѣнить его представленіемъ о залогѣ, какъ правѣ на чужую вещь получить удовлетвореніе изъ цѣнности ея. По указу 1557 года кредиторъ, имѣющій въ залогѣ движимую вещь, обязанъ былъ, въ случаѣ просрочки, предупредить должника о возможности лишиться вещи. Затѣмъ, когда и послѣ этого долгъ не былъ уплаченъ, то кредиторъ долженъ былъ при свидѣтеляхъ продать залогъ для удовлетворенія своихъ правъ и возвратить излишекъ суммы собственнику вещи. Если же вырученная сумма оказывалась недостаточною для покрытія капитальнаго долга и процентовъ, то должникъ продолжалъ отвѣтствовать въ недостающей суммѣ. Весьма вѣроятно предположеніе, что указъ этотъ имѣлъ временное значеніе, потому что послѣ него продолжаетъ царить прежній порядокъ.

Уложеніе Алексѣя Михайловича постановляетъ, что въ случаѣ неплатежа должникомъ въ срокъ своего долга, заложенныя вещи какъ движимыя, такъ и недвижимыя, обращаются, при просрочкѣ должника, въ собственность кредитора: «а будетъ кто кому въ долгу въ деньгахъ или въ иномъ чемъ-нибудь заложитъ что до сроку, и кабалу закладную на тотъ свой закладъ дастъ, а въ кабалѣ напишетъ, будетъ онъ того своего

закладу на срокъ не выкупитъ, и на тотъ его закладъ та закладная кабала и купчая; и давъ онъ такую кабалу того своего закладу на срокъ не выкупитъ, и ему впредь до того своего закладу дѣла нѣтъ, а владѣти тѣмъ его закладомъ тому, кому онъ заложитъ, и вольно тому такой закладъ продати и заложити, и въ приданыя дати» (гл. X ст. 196). Просроченная закладная обращалась въ купчую крѣпость и, по просьбѣ кредитора, недвижимое имѣніе справлялось за нимъ въ помѣстномъ приказѣ. Однако, Уложеніе связываетъ такое послѣдствіе залога съ договорнымъ условіемъ и не предусматриваетъ случая, когда въ договорѣ такой оговорки не будетъ.

Въ XVIII вѣкѣ залоговое право опять пріобрѣтаетъ временно свойственный ему характеръ права на чужую вещь. Закономъ 1 августа 1737 года установленъ былъ иной порядокъ взысканія по закладнымъ. Залоговое право уже не превращается въ право собственности, а заложенная вещь подлежитъ продажѣ съ публичнаго торга. Если вырученная отъ продажи сумма превыситъ размѣръ долга, то остатокъ возвращается собственнику заложенной вещи. Если предлагаемая на торгахъ сумма будетъ ниже размѣра долга, то кредиторъ можетъ оставить вещь за собою, безъ права съ его стороны требовать недостающаго съ остального имущества должника, «понеже въ займы деньги давалъ изъ воли своей, и когда въ томъ неосмотрительно поступилъ, долженъ и убытокъ самъ претерпѣть» (п. 7). Однако, раззореніе послѣднимъ заложеннаго имѣнія лишало его этой льготы и давало право кредитору обратить взысканіе на все прочее имущество должника (п. 8).

Порядокъ этотъ не долго продержался, потому что въ 1744 году состоялось возвращеніе къ правиламъ Уложенія, мотивированное ущербомъ для кредиторовъ отъ того, что «многіе, давъ деньги, послѣ занимаемыхъ въ закладныхъ сроковъ, чрезъ многое время тѣхъ своихъ денегъ, ни закладнаго недвижимаго имѣнія не получаютъ». Только съ изданіемъ въ 1800 году Банкротскаго Устава для недвижимости произошла окончательная отмѣна стараго порядка. Устраняется необходимость передавать въ держаніе кредитора заложенное имѣніе, которое остается въ рукахъ собственника, но за то послѣдній, благодаря наложенному запрещенію, лишается права продать, перезаложить принадлежащее ему имѣніе, что̀ оказывается въ высшей степени стѣснительнымъ для должника и при томъ безъ всякой пользы для кредитора. Относительно движимости законодатель

сохраняетъ, какъ остатокъ прежняго порядка, правило, по которому заложенная вещь можетъ остаться за кредиторомъ, если только должникъ не потребуетъ продажи. Однако, въ послѣднемъ случаѣ продажа заложенной вещи за сумму ниже размѣра долга даетъ кредитору право требовать недостающей суммы съ прочаго имущества.

Историческое развитіе залогового права въ Россіи является незаконченнымъ. Русскій залогъ носитъ характеръ недоразвитости, незавершенности, страдаетъ значительными противорѣчіями, какъ остатками разныхъ наслоеній.

III. Установленіе залогового права. Лицо, отдающее свою вещь въ обезпеченіе обязательства, называется залогодателемъ. Лицо, принимающее чужую вещь въ залогъ своего права требованія, носитъ названіе залогодержателя, потому что нерѣдко заложенная вещь переходитъ въ его руки. Такъ какъ въ залоговомъ правѣ содержится возможность продажи, то отдавать въ залогъ вещи могутъ только тѣ, которые имѣютъ право отчуждать ихъ посредствомъ продажи (т. X ч. 1 стт. 1627 и 1663), поэтому *залогодателемъ* можетъ быть, по общему правилу, только собственникъ (т. X ч. 1 ст. 1629). Въ случаѣ общей собственности, залогъ объекта ея возможенъ лишь по согласію всѣхъ участниковъ (т. X ч. 1 ст. 1632). Кромѣ собственника, никто другой не въ правѣ отдавать чужую вещь въ залогъ, и подобное дѣйствіе не имѣло бы никакихъ юридическихъ результатовъ, т.-е. не давало бы залогодержателю права на чужую вещь (т. X ч. 1 ст. 1629 п. 1). Однако, по исключенію, законъ предоставляетъ и пожизненному пользователю возможность заложить вещь, составляющую объектъ его права (т. X ч. 1 ст. 1629 п. 2), и, такимъ образомъ, передать залогодержателю болѣе правъ, чѣмъ имѣетъ самъ залогодатель, но это возможно только въ отношеніи благопріобрѣтенныхъ имѣній и только при предоставленіи такого права учредительнымъ актомъ.

Недостаточно быть собственникомъ, чтобы имѣть право заложить свою вещь. Нужно еще обладать дѣеспособностью, необходимою для отчужденія вещи. Поэтому несовершеннолѣтніе, сумасшедшіе, расточители и др. лишены права отдавать въ залогъ принадлежащія имъ на правѣ собственности вещи.

Быть *залогодержателями*, принимать вещи въ залогъ могутъ только тѣ, которые по закону не лишены возможности имѣть эти предметы на правѣ собственности (т. X ч. 1 ст. 1628). Это положеніе нашего закона навѣяно старымъ порядкомъ

взысканія по закладнымъ и не отвѣчаетъ существу залогового права. Способность быть залогодержателемъ не стоитъ въ зависимости отъ способности быть субъектомъ права собственности. Залоговое право состоитъ въ правѣ преимущественнаго передъ другими удовлетворенія изъ суммы, вырученной отъ продажи заложенной вещи. Пріобрѣтателемъ продаваемаго съ торговъ имущества не можетъ быть то лицо, которому законъ преграждаетъ путь къ пріобрѣтенію права собственности. Но это обстоятельство неспособно вліять на возможность быть субъектомъ залогового права. Однако, законъ смотритъ на это иначе, а потому, напр., евреи, лица польскаго происхожденія, иностранцы въ извѣстныхъ мѣстностяхъ не могутъ принимать въ залогъ недвижимости. Изъ лицъ, способныхъ имѣть право собственности,—церкви спеціальнымъ постановленіемъ лишены права отдавать свои капиталы подъ заклады (т. X ч. 1 ст. 1665, т. IX ст. 444).

Объектомъ залогового права, какъ вещнаго, можетъ быть только вещь въ матеріальномъ смыслѣ слова. Все, что̀ можетъ быть продано, можетъ быть и заложено. Слѣдовательно, залогу подлежатъ какъ движимости, такъ и недвижимости. Когда предметомъ залога являются движимыя вещи, то законъ употребляетъ еще особый терминъ «закладъ». Наравнѣ съ матеріальными вещами, въ дѣлѣ залога, находятся тѣ цѣнныя бумаги, въ которыхъ право по документу неразрывно связано съ правомъ на документъ (т. X ч. 1 ст. 1674[1]). Обязательства не могутъ быть признаны объектомъ залогового права, потому что они не даютъ вещнаго права. Если должникъ, въ обезпеченіе своего долга, передаетъ кредитору принадлежащій ему вексель, то кредиторъ никакого права не пріобрѣтаетъ. Правда, нахожденіе векселя у кредитора можетъ повредить интересамъ должника, потому что, вслѣдствіе этого обстоятельства, онъ не можетъ ни учесть вексель, ни предъявить его ко взысканію, но кредитору это не даетъ какого-либо права. Должникъ можетъ быть также заинтересованъ въ возвращеніи отданнаго въ обезпеченіе паспорта, но никто не признаетъ здѣсь залога, за отсутствіемъ цѣнности. Кредиторъ можетъ побудить должника къ исполнительности даже обладаніемъ компрометирующаго письма, или удержаніемъ въ своихъ рукахъ рукописи автора, представляющей значительную цѣнность, но такія побужденія не имѣютъ ничего общаго съ залогомъ, хотя бы и достигали фактически той же цѣли. При такъ называемомъ залогѣ обя-

зательствъ отсутствуетъ, кромѣ вещнаго свойства, и другой существенный признакъ залога — возможность продажи заложенной вещи и удовлетворенія изъ его цѣнности. Если бы даже законъ призналъ за кредиторомъ право просить судъ о предоставленіи ему взыскивать по заложенному документу, то все-таки здѣсь была бы принудительная передача правъ, а не продажа.

По нашему законодательству, предметомъ залога не можетъ быть вещь, состоящая подъ запрещеніемъ (т. X ч. 1 ст. 1630), хотя съ теоретической точки зрѣнія нѣтъ никакого основанія къ таковому стѣсненію оборота, такъ какъ столкновенія между субъектами вещныхъ правъ при современной нотаріальной системѣ укрѣпленія правъ, не можетъ быть. Особенно интереснымъ представляется вопросъ о возможности залога вещей, состоящихъ уже въ залогѣ. Существованіе нѣсколькихъ, послѣдовательно устанавливаемыхъ залоговыхъ правъ на одну и ту же вещь, создаетъ послѣдовательность въ осуществленіи этихъ правъ и потому не противорѣчитъ ни логикѣ, ни кредиту. Однако, наше законодательство иначе относится къ этому вопросу, повторяя старинное положеніе о недѣйствительности второго залога (т. X ч. 1 ст. 1630 п. 2). Въ прежнее время, при отсутствіи начала, въ силу котораго укрѣпленіе вещныхъ правъ на недвижимости происходило по мѣсту ихъ нахожденія, не было достаточно гарантіи, что должникъ не заложитъ одно и то же имущество «въ разныя руки», такъ что кредиторы могли совершенно неожиданно встрѣтиться другъ съ другомъ при осуществленіи права. Но теперь такая неожиданность немыслима, невозможенъ и залогъ «въ разныя руки», а можетъ быть только послѣдовательный залогъ нѣсколькимъ лицамъ.

Несмотря, однако, на категорическое запрещеніе со стороны закона, скрѣпленное даже уголовною санкціею (улож. наказ. ст. 1705), практика наша, подъ вліяніемъ потребностей жизни, условій оборота и кредита, нашла возможность обойти это положеніе. Изъ смысла ст. 1646 т. X ч. 1, имѣвшей первоначально (законъ 12 февраля 1862 года) значеніе только для дворянъ, а теперь распространенной на всѣхъ, можно вывести заключеніе о допустимости второго залога, такъ какъ здѣсь говорится, что для собственника заложеннаго въ кредитномъ установленіи имѣнія, предоставленію послѣдняго въ обезпеченіе по новой закладной не служатъ препятствіемъ ни долги госу-

дарственнымъ кредитнымъ установленіямъ по первоначальному въ нихъ залогу имѣнія, ни долги, обезпеченные закладными, выданными частнымъ лицамъ. Кромѣ того, ст. 1215 уст. гр. суд. устанавливаетъ порядокъ удовлетворенія изъ заложеннаго имущества «по старшинству закладныхъ», указывая тѣмъ на возможность послѣдовательныхъ залоговъ. На основаніи этихъ намековъ, отрицающихъ прямое заявленіе закона, въ практикѣ допускаются вторыя, третьи и т. д. закладныя на одну и ту же вещь (кас. рѣш. 1889, № 88, 1893, № 14). Нельзя, однако, не признать, что выводъ этотъ представляется нѣсколько сомнительнымъ.

Заводы, фабрики и лавки, какъ вещи нераздѣльныя, не могутъ быть отдаваемы въ залогъ по частямъ (т. X ч. 1 ст. 1633). Лѣса и земли, состоящіе при поссессіонныхъ заводахъ, какъ принадлежности, не могутъ быть отданы въ залогъ особо отъ нихъ (т. X ч. 1 ст. 1634). Имѣнія заповѣдныя и маіоратныя не могутъ быть предметомъ залога безусловно, хотя законъ и считаетъ исключеніемъ тѣ случаи, когда владѣльцу таковыхъ имѣній дозволяется закономъ занимать денежныя суммы подъ обезпеченіе доходовъ (т. X ч. 1 ст. 1641). Недѣйствителенъ закладъ вещей, платья, посуды, сельскихъ продуктовъ и т. п., совершаемый въ питейномъ домѣ для питья (т. X ч. 1 ст. 1665, прим.).

Основаніемъ залогового права является обыкновенно обязательственное отношеніе, установленное силою договора или завѣщанія. Возникновеніе и существованіе залога обусловливаются этимъ отношеніемъ. Чаще всего основаніемъ залога является заемъ. Поэтому наше законодательство, чуждое обобщеній, связываетъ залогъ съ договоромъ займа (т. X ч. 1 ст. 1673, прил., стт. 1665, 1669, прил., 1672), а также съ казенными подрядами и поставками (пол. каз. подр. и пост. ст. 38). Однако, не слѣдуетъ думать, что только эти договоры могутъ быть обезпечиваемы залогомъ; напротивъ, необходимо признать, что обезпеченіе залогомъ подлежатъ всякія сдѣлки, какъ это обнаруживается изъ ст. 1554 т. X ч. 1, въ силу которой вообще договоры и обязательства могутъ быть обезпечиваемы залогомъ и закладомъ. На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и сенатская практика (кас. рѣш. 1889, № 4). Такъ, напр., арендаторъ въ обезпеченіе правильнаго взноса арендной платы, можетъ предоставить собственнику имѣнія залоговое право на процентныя бумаги. Залогъ деньгами или цѣнными

бумагами совершается очень часто при личномъ наймѣ кассировъ, агентовъ и др. Завѣщатель можетъ возложить на своего наслѣдника обязанность заплатить денежную сумму и обезпечить это обязательство залогомъ на завѣщаемомъ ему имѣніи. Если закладъ установленъ въ обезпеченіе долга по игрѣ или для игры, съ вѣдома о томъ въ послѣднемъ случаѣ залогодержателя, то закладъ конфискуется въ пользу казны, а половина его цѣнности поступаетъ въ пользу доносителей (т. X ч. 1 ст. 1666).

Субъекты отношенія по залогу въ громадномъ большинствѣ случаевъ совпадаютъ съ субъектами главнаго отношенія. Залогодержателемъ всегда будетъ кредиторъ, но залогодателемъ можетъ быть и не самъ должникъ, а другое лицо, соглашающееся отдать свою вещь въ обезпеченіе его обязательства. Такой случай предусматривается нашимъ законодательствомъ по поводу залоговъ, обезпечивающихъ договоры съ казною (пол. каз. подр. и пост. ст. 69). Слѣдовательно, въ этомъ случаѣ залоговое отношеніе устанавливается не между тѣми же лицами, между которыми существуетъ главное отношеніе. Существуетъ мнѣніе (Змирловъ), что это правило не можетъ быть распространяемо на сдѣлки между частными лицами, потому что по нашему закону залогъ чужой вещи признается недѣйствительнымъ (т. X ч. 1 ст. 1629). Но въ этомъ гражданскомъ законѣ, какъ и въ подкрѣпляющемъ его уголовномъ законѣ (улож. наказ. ст. 1705), запрещается залогъ чужой вещи не безусловно, а лишь безъ надлежащаго на то полномочія со стороны собственника ея.

Залоговое право связывается съ другимъ опредѣленнымъ отношеніемъ и служитъ обезпеченіемъ только его, а не другихъ возможныхъ между тѣми же лицами отношеній, когда бы они ни возникли,—раньше, одновременно или позже, другими словами: залогъ обезпечиваетъ извѣстное лишь обязательство, а не вообще обязательства даннаго лица.

По нашему законодательству легальной ипотеки не существуетъ, и потому ни законъ, ни судебное рѣшеніе не могутъ служить основаніемъ залога. По мнѣнію нѣкоторыхъ (Гольмстенъ) русское законодательство знаетъ законный залогъ,—это право желѣзной дороги на перевозимый грузъ въ обезпеченіе причитающихся ей по перевозкѣ платежей (т. XII ч. 1, уст. жел. дор. ст. 85), право товарнаго склада на сложенный у него товаръ въ обезпеченіе причитающихся ему по храненію

платежей (т. XI ч. 2, уст. торг. ст. 784), право коммиссіонера на находящіеся въ его распоряженіи товары коммитента въ обезпеченіе причитающихся ему по выполненію порученія платежей (т. XI ч. 2, уст. торг. по Прод. 1910, ст. 54[22]). Но всѣ эти права составляютъ не право залога, а право удержанія (jus retentionis), хотя въ послѣднемъ случаѣ законъ и приравниваетъ положеніе коммиссіонера къ положенію закладодержателя. Единственный случай законнаго залога можно видѣть въ запрещеніи купившему вещь въ разсрочку, до полной оплаты цѣны, закладывать, продавать или инымъ способомъ отчуждать эту вещь, какъ обезпеченіе требованій продавца, истекающихъ изъ договора продажи въ разсрочку (т. X ч. 1 ст. 1509[9]).

IV. Форма залога. Для залоговой сдѣлки установлена различная форма, смотря по тому, является ли объектомъ ея движимость или недвижимость.

1. Залогъ недвижимости совершается крѣпостнымъ порядкомъ, т.-е. совершонный у нотаріуса актъ представляется на утвержденіе старшаго нотаріуса, который отмѣчаетъ о томъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ. Такой актъ называется закладною крѣпостью (т. X ч. 1 ст. 1642, пол. нот. ст. 159 п. 1, ст. 178). По совершеніи закладной старшій нотаріусъ налагаетъ запрещеніе на заложенное имѣніе и дѣлаетъ надлежащее распоряженіе объ извѣщеніи о томъ сенатской типографіи для публикаціи (т. X ч. 1 ст. 1647, пол. нот. ст. 179). Требованіе крѣпостной формы имѣетъ безусловное значеніе и несоблюденіе ея поражаетъ недѣйствительностью самый залогъ, такъ что домашняя сдѣлка или нотаріальная не даетъ кредитору правъ залогодержателя. Вещное право залогодержателя устанавливается съ момента совершонной старшимъ нотаріусомъ отмѣтки въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ объ утвержденіи закладной (кас. рѣш. 1893, № 36).

2. Залогъ движимости предполагаетъ: a) письменную форму и b) передачу владѣнія. Письменная форма сдѣлки, устанавливающей залоговое право на движимую вещь, имѣетъ своею цѣлью оградить интересы залогодателя, который, теряя владѣніе, можетъ опасаться со стороны залогодержателя присвоенія, подмѣны или порчи ея. Передача владѣнія отдаваемой въ залогъ движимой вещи имѣетъ своею цѣлью оградить интересы третьихъ лицъ, которыя, видя вещь въ рукахъ собственника, могутъ считать ее свободной къ обращенію, а потому обнару-

жить готовность къ пріобрѣтенію ея, а также къ оказанію кредита собственнику имущества, въ составѣ своемъ имѣющаго такіе цѣнные предметы. Между тѣмъ, совершенно неожиданно для себя пріобрѣтатели окажутся лицомъ къ лицу съ залогодержателями, а личные кредиторы вынуждены будутъ отступить передъ привилегированными. Поэтому иностранныя законодательства требуютъ, для установленія залогового права на движимость, передачи закладываемой вещи во владѣніе кредитора (франц. гражд. код. § 2074, герм. гражд. улож. § 1205, швейц. гражд. код. § 884). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, правда, допускается установленіе залогового права и безъ передачи, а именно тамъ, гдѣ для третьихъ лицъ есть возможность узнать о лежащемъ на двимимой вещи залогѣ. Такова повсюду ипотека морскихъ судовъ, для которыхъ ведется особая регистрація, близкая къ поземельной; залогъ торговыхъ предпріятій во Франціи по закону 17 марта 1909 года, со внесеніемъ сдѣлки въ регистръ коммерческаго суда; сельскаго скота въ Швейцаріи съ записью въ особый регистръ (§ 885).

Письменная форма, устанавливаемая нашимъ закономъ для заклада движимости, отличается крайнею тяжеловѣсностью. Актъ о закладѣ движимости составляется или нотаріальнымъ или домашнимъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 1667). Актъ о закладѣ движимости, составленный нотаріальнымъ порядкомъ, называется также закладной (т. X ч. 1 ст. 1668). Актъ о закладѣ движимости, составленный домашнимъ порядкомъ, называется,—по терминологіи закона, мало употребительной на практикѣ,—домовымъ заемнымъ письмомъ съ закладомъ движимаго имущества (т. X ч. 1 ст. 1672). Въ томъ и другомъ случаѣ сдѣлка требуетъ не менѣе двухъ свидѣтелей (т. X ч. 1 стт. 1670 и 1673). Закладываемыя вещи подвергаются описи, одинъ экземпляръ которой отдается кредитору, а другой, за подписью послѣдняго, должнику (т. X ч. 1 ст. 1671). Опись можетъ быть написана отдѣльно или включена въ закладную (кас. рѣш. 1875, № 94). Въ дѣйствительной жизни залогъ движимыхъ вещей производится весьма часто простымъ врученіемъ вещи кредитору безъ соблюденія не только всѣхъ подробностей законной формы, но и безъ всякаго письменнаго акта. Какое значеніе имѣетъ залогъ, не облеченный въ форму письменнаго акта? Насколько вопросъ касается интересовъ залогодателя и залогодержателя, можно сказать, что такой залогъ, не теряя дѣйствительности, лишается свидѣтельской до-

казуемости (уст. гражд. суд. ст. 409). Но насколько рѣчь идетъ о силѣ такого залога противъ третьихъ лицъ, необходимо признать недѣйствительность залога, какъ вещнаго права, противъ пріобрѣтателей и другихъ кредиторовъ. Конечно, нельзя считать существенными всѣ подробности формы, какъ опись, участіе свидѣтелей, но письменный актъ долженъ быть на лицо. Безъ письменной формы нахожденіе заложенныхъ вещей у кредитора представляется только фактомъ, а не вещнымъ правомъ, а потому на такую вещь можетъ быть обращено взысканіе другими кредиторами по исполнительнымъ листамъ. Сенатъ даже полагаетъ, что должникъ или его преемникъ по праву на отданныя вещи можетъ всегда потребовать ихъ обратно, какъ находящіяся въ незаконномъ владѣніи (кас. рѣш. 1878, № 340), но въ то же время не считаетъ форму существенной, «пока нѣтъ спора о тождествѣ заложенныхъ вещей» (кас. рѣш. 1875, № 658).

Передача закладываемой вещи во владѣніе кредитора составляетъ по русскому законодательству также необходимое условіе установленія вещнаго права (т. X ч. 1 ст. 1671). Въ дѣйствительной жизни могутъ быть случаи, когда отнятіе у должника вещей, отдаваемыхъ имъ въ закладъ, является невыгоднымъ для самого кредитора, потому что тѣмъ самымъ должникъ лишается средствъ заработка, а, слѣдовательно, и возможности заплатить свой долгъ, напр., при закладѣ мастерицею швейной машины, музыкантомъ своей скрипки. Такъ какъ строеніе, воздвигнутое на чужой арендованной землѣ, разсматривается какъ движимость, то и залогъ такой вещи можетъ быть произведенъ только въ порядкѣ заклада движимости, а между тѣмъ передача строенія по описи оказывается невозможной. На этомъ основаніи выдвигается въ послѣднее время мнѣніе, что закладъ движимости допустимъ по нашему законодательству и безъ передачи закладываемой вещи отъ залогодателя кредитору, а Сенатъ поддержалъ этотъ взглядъ тѣмъ, что призналъ дѣйствительность залога лѣсопильнаго заведенія, построеннаго на арендованной землѣ безъ передачи (кас. рѣш. 1901, № 6). Но это направленіе стоитъ въ рѣзкомъ противорѣчіи съ текстомъ закона, и потому не можетъ быть принято.

Требованіе закона о передачѣ заложенной вещи кредитору представляетъ особенныя затрудненія при залогѣ морскихъ и рѣчныхъ судовъ, для которыхъ у насъ до сихъ поръ не создалась ипотечная система. Невозможность отнять у должника

пароходъ, предоставленный имъ въ обезпеченіе, вынудила прибѣгать на практикѣ къ фиктивной продажѣ, нѣсколько напоминающей fiducia. Желающій получить деньги подъ залогъ парохода продаетъ его кредитору, выговаривая себѣ право выкупа, а въ то же время сохраняетъ пароходъ въ своемъ держаніи путемъ особаго арендnаго договора. Можно себѣ представить, какъ отражается на кредитѣ такой первобытный способъ залога.

V. Дѣйствіе залогового права. Основное дѣйствіе залога, соотвѣтствующее цѣли его установленія, состоитъ въ томъ, что кредитору принадлежитъ, въ предѣлахъ его права требованія, право на цѣнность заложенной вещи, въ чьихъ бы рукахъ и на какомъ бы основаніи она не находилась. Право это, охватывая вещь въ полномъ ея составѣ, распространяется и на всѣ приращенія. Съ другой стороны, залоговое право недѣлимо, и удовлетвореніе кредитора въ части не лишаетъ его права залога на всю вещь.

1. *Права залогодателя* во время нахожденія вещи въ залогѣ соотвѣтствуютъ его правамъ, какъ собственника. Залогъ не уменьшаетъ объема его правъ, особенно если вещь остается въ его владѣніи, какъ это происходитъ при залогѣ недвижимости. За нимъ сохраняется возможность пользованія вещью, онъ можетъ снимать плоды и отчуждать ихъ. Праву залога не противорѣчитъ и предоставленіе ему распоряженія вещью посредствомъ юридическихъ сдѣлокъ. Нѣтъ основанія преграждать ему возможность продавать, дарить заложенныя вещи, потому что залоговое право, какъ вещное, всюду слѣдуетъ за вещью. Но законодательство наше искусственно создаетъ препятствіе для отчужденія, не разрѣшая продажу заложенной недвижимости иначе, какъ послѣ предварительнаго погашенія обезпечиваемаго ею долга и уничтоженія залогового права (т. X ч. 1 ст. 1388). Только при залогѣ недвижимостей въ кредитныхъ установленіяхъ допускается продажа заложенныхъ имѣній и домовъ съ переводомъ долга на покупщика, т.-е. допускается отчужденіе съ сохраненіемъ залога.

Если заложенная движимость находится въ рукахъ кредитора, то залогодатель можетъ требовать сохраненія ея въ цѣлости, а по исполненіи обязательства можетъ требовать возвращенія ея. Законъ, совершенно справедливо, относится съ большою строгостью къ этой обязанности кредитора. Если же у послѣдняго заложенная вещь утратится «какимъ бы то ни было

образомъ», онъ обязанъ отвѣчать передъ собственникомъ «безъ всякаго оправданія» (т. X ч. 1 ст. 1676). Едва ли можно понимать статью въ смыслѣ отвѣтственности, исключающей всякія возраженія. Скорѣе ее слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что закладодержатель обязанъ приложить все стараніе къ сохраненію вещи, какое отъ него можно ожидать по условіямъ его жизни или его профессіи. Ломбарду нельзя извинить порчу мѣхового пальто отъ храненія въ сыромъ помѣщеніи (кас. рѣш. 1905, № 87), а та же порча, происшедшая отъ сырости квартиры, въ которой живетъ самъ закладодержатель, можетъ найти себѣ извиненіе. Но тяжесть доказательства лежитъ на залогодержателѣ. Не залогодатель обязанъ доказать вину залогодержателя, а послѣдній долженъ доказать отсутствіе всякой вины или неосторожности съ своей стороны. Только доказанная имъ случайность гибели заложенной вещи освобождаетъ его отъ отвѣтственности передъ залогодателемъ. Подобно гибели должно обсуждаться и поврежденіе вещи.

2. *Права залогодержателя* состоятъ главнымъ образомъ въ возможности требовать судебнымъ порядкомъ продажи заложенной вещи. Но это право обусловливается неисполненіемъ въ срокъ обязательства.

а. До наступленія срока, кредиторъ, не владѣющій заложенною вещью, заинтересованъ въ томъ, чтобы вещь, составляющая обезпеченіе его права требованія, не потерпѣла, подъ управленіемъ должника, уменьшенія цѣнности сравнительно съ тою, какая имѣлась въ виду при установленіи залога. Вслѣдствіе этого возникаетъ весьма важный вопросъ *о состояніи имущества во время залога*. Если должникъ вырубитъ лѣсъ, снесетъ надворныя строенія или ригу, лишитъ фабрики и заводы необходимыхъ орудій производства, то цѣнность имущества настолько понизится, что обезпеченность кредитора, казавшаяся вѣрною при установленіи залога, сдѣлается довольно сомнительною. Отсюда обнаруживается необходимость предоставить кредитору право останавливать дѣйствія должника, способныя обезцѣнить заложенныя вещи. Такое право даетъ ему германское уложеніе (герм. улож. § 1134). Къ сожалѣнію, наше законодательство весьма мало гарантируетъ интересы кредитора. Конечно, кредиторъ, не получившій впослѣдствіи полнаго удовлетворенія изъ вырученной отъ продажи стоимости заложенной вещи, можетъ установить, что этотъ вредъ причиненъ былъ ему дѣйствіями залогодателя, обезцѣнившими залогъ, и

на этомъ основаніи требовать возмѣщенія понесенныхъ убытковъ (т. X ч. 1 ст. 684). Но кредитору, не довѣряющему исполнительности и состоятельности должника, такая возможность даетъ очень мало. Онъ заинтересованъ въ томъ, чтобы остановить дѣйствія, направленныя къ пониженію цѣнности вещи, которой онъ исключительно довѣрялъ. И этой обезпеченности нашъ законъ залогодержателю не даетъ. Послѣднему не предоставлено права возражать противъ раззорительныхъ и гибельныхъ для заложенной вещи дѣйствій должника. Кредиторъ не въ состояніи остановить рубку лѣса или не допустить до заключенія обезцѣнивающихъ имѣніе контрактовъ. Законъ постановляетъ только, что договоры по имѣнію, заключенные отвѣтчикомъ послѣ полученія повѣстки объ исполненіи, могутъ быть уничтожены судомъ по просьбѣ взыскателя, а въ случаѣ публичной продажи имѣнія—по просьбѣ покупщика, если они клонятся во вредъ того или другого. (уст. гр. суд. стт. 1099 и 1100). Но самый исходный моментъ опроверженія представляется слишкомъ позднимъ, и притомъ судъ, въ интересѣ третьихъ лицъ, рѣшающихся на рискованные договоры, только въ рѣдкихъ случаяхъ допуститъ уничтоженіе послѣднихъ.

Какъ и всякое имущественное право, залоговое право способно къ переходу отъ одного лица къ другому. А такъ какъ это право выражается въ документѣ, то наиболѣе простымъ способомъ отчужденія могла бы быть *передача права* по документу. Однако, законъ нашъ запрещаетъ передачу по надписямъ закладныхъ, все равно, будутъ ли объектомъ права движимыя или недвижимыя вещи (т. X ч. 1 стт. 1653 и 1678). Замѣна одного залогодержателя другимъ возможна только путемъ уничтоженія первой закладной и совершенія второй, но, конечно, при условіи согласія на то со стороны залогодателя. Долгое время въ нашей практикѣ держался взглядъ на недопустимость передачи закладныхъ крѣпостей. Но потомъ Сенатъ пришелъ къ заключенію, что въ нашемъ законодательствѣ не встрѣчается препятствій къ тому, чтобы, съ соглашенія залогодателя, закладныя крѣпости могли быть передаваемы другому лицу, домашнимъ или нотаріальнымъ порядкомъ, и чтобы на основаніи этой сдѣлки старшій нотаріусъ дѣлалъ отмѣтку въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (кас. рѣш. 1898, № 20, 1908, № 82). Къ такому выводу Сенатъ пришелъ въ силу того соображенія, что ст. 1653 т. X ч. 1 содержитъ лишь

запрещеніе передачи закладныхъ по надписямъ, т.-е. если прежде, при толкованіи статьи, гласящей, что закладныя не могутъ быть передаваемы по надписямъ, Сенатъ дѣлалъ логическое удареніе на словѣ «передаваемы», то теперь онъ перенесъ это удареніе на слово «по надписямъ». Въ основѣ такого запрещенія передачи закладныхъ лежитъ, по мнѣнію Сената, исключительно интересъ залогодателя, а потому нѣтъ препятствій къ тому, чтобы онъ самъ въ закладной устранилъ непередаваемость. Такъ какъ, по взгляду Сената, «по актамъ о передачѣ закладныхъ не возникаетъ новаго залогового права, а лишь переходитъ къ другому лицу право залога, ранѣе установленное», то преемникъ по закладной вступаетъ во всѣ права предшественника, а слѣдовательно, при нѣсколькихъ залогахъ, пользуется тѣмъ же правомъ старшинства, какъ и прежній залогодержатель. Ставъ на эту точку зрѣнія допустимости передачи закладной съ согласія залогодателя, Сенатъ уже послѣдовательно вывелъ, что предоставленное залогодателемъ право передачи закладной другому лицу даетъ право слѣдующему залогодержателю передать отъ себя закладную, не испрашивая уже согласія залогодателя (кас. рѣш. 1909, № 74). Остается сдѣлать еще одинъ шагъ,—и признать, что предварительное согласіе залогодателя на передачу закладной не составляетъ существеннаго условія передаваемости закладныхъ. Но все это новое пониманіе ст. 1653 выходитъ далеко за предѣлы толкованія и является законодательнымъ творчествомъ.

b. По наступленіи срока залогодержатель пріобрѣтаетъ право требовать продажи вещи, состоящей въ залогѣ. Но законъ нашъ, охраняя интересы собственника, отлагаетъ осуществленіе этого права, давая возможность должнику, въ виду угрожающихъ и рѣшительныхъ приступовъ къ его имуществу, собрать послѣднія силы и освободить себя отъ тяготѣющаго надъ нимъ обязательства. До продажи заложенныхъ недвижимостей законъ нашъ даетъ кредитору право *временнаго пользованія* (или владѣнія, какъ неправильно выражается старый законъ—т. XVI ч. 2, зак. суд. гражд. ст. 615; управленія, какъ неправильно выражается уст. гражд. суд. ст. 1129). Въ силу такого пользованія къ вѣрителю поступаютъ всѣ доходы по имѣнію—арендная, квартирная плата, но за то останавливается теченіе процентовъ на капиталъ. Въ прежнее время такое пользованіе продолжалось цѣлый годъ, а по новому порядку продолжительность его не превышаетъ трехъ мѣсяцевъ, и потому кредиторы

обыкновенно не прибѣгаютъ къ своему праву. Если заложенная недвижимость не поступила во временное пользованіе кредитора, то со дня просрочки закладной къ капиталу, ею обезпеченному, причисляются проценты, какъ на незаплаченный капиталъ, такъ и на оставшіеся по день просрочки неуплаченными условные проценты (т. XVI, ч. 2, зак. суд. гражд. ст. 622).

с. Главное право, составляющее сущность залога, заключается въ возможности *продажи* заложенныхъ вещей, для удовлетворенія изъ вырученной суммы права требованія кредиторовъ. Заложенныя вещи не могутъ быть присвоены залогодержателемъ въ силу одной только просрочки, но должны быть непремѣнно проданы. Продажа производится не самимъ кредиторомъ, а отъ суда, въ установленномъ порядкѣ. На торгахъ, назначенныхъ для продажи залога, можетъ участвовать и залогодержатель и вмѣсто наличныхъ денегъ предложить закладную, которая принимается полностью, — отсюда распространенное выраженіе «пріобрѣтеніе по закладной» дома или имѣнія.

Вырученная отъ продажи сумма назначается на удовлетвореніе кредитора. Если она превышаетъ сумму долга, то остатокъ идетъ на удовлетвореніе слѣдующихъ кредиторовъ, по старшинству закладныхъ (уст. гр. суд. ст. 1215), или же возвращается собственнику. Но возможенъ и обратный случай— *вырученная сумма окажется ниже суммы долга.* Въ практикѣ нашей твердо установился взглядъ, что неуплаченный долгъ по закладной не можетъ быть обращенъ на остальное имущество должника, кромѣ того, которое по закладной служитъ обезпеченіемъ кредитора (кас. рѣш. 1908, № 34). Въ гражданскихъ законахъ не содержится постановленій по этому вопросу. Зато въ законахъ о судопроизводствѣ гражданскомъ, сохранившихъ свое дѣйствіе въ мѣстностяхъ, гдѣ не введены новые Судебные Уставы, есть постановленіе, въ силу котораго денежная сумма, полученная черезъ продажу заложеннаго имущества, хотя бы и не равнялась суммѣ долга, считается полнымъ удовлетвореніемъ иска (т. XVI, ч. 2, зак. суд. гражд. ст. 626 и пол. о взыск. гражд., ст. 315). Хотя постановленіе это содержится въ процессуальныхъ законахъ, но, въ виду своего матеріальнаго содержанія, оно не можетъ считаться отмѣненнымъ вслѣдствіе изданія Судебныхъ Уставовъ. Это подтверждается положеніемъ, что изложенныя въ законахъ о судо-

производствѣ гражданскомъ правила по предметамъ права гражданскаго, не замѣненныя правилами устава гражданскаго судопроизводства, примѣняются во всѣхъ губерніяхъ и областяхъ, на которыя распространяется дѣйствіе законовъ гражданскихъ (т. XVI, ч. 2, ст. 3 прим.). Однако, нѣкоторое сомнѣніе способна возбудить ст. 407, т. XI ч. 2 уст. суд. торг. въ которой сказано, что несостоятельность наступаетъ, когда, по недостатку залога и поручительства, взысканіе обращено будетъ на имущество должника, а при семъ оное окажется недостаточнымъ.

Еще болѣе сомнительнымъ представляется вопросъ по отношенію къ закладу движимости. Если признать, что удовлетвореніе кредитора исключительно изъ залога вытекаетъ изъ существа залогового права, то нѣтъ основаній не распространить и на этотъ случай положеніе, принятое для залога недвижимости. Нѣкоторымъ подтвержденіемъ правильности такого вывода могла бы служить ст. 1674[1] т. X ч. 1, въ которой взысканіе на имущество должника, заложившаго акцію, допускается только при существованіи по этому поводу соглашенія. Да и уставъ о банкротахъ 1800 года постановлялъ: «ежели закладъ меньше того стоитъ, въ чемъ заложенъ, то оставлять оный у закладодержателя, поелику онъ почиталъ его достаточнымъ въ обезпеченіе данныхъ имъ подъ закладъ денегъ». Но, въ силу ст. 634 т. XVI ч. 2, изд. 1892, зак. о судопр. гражд., если заложенное имущество будетъ продано ниже цѣною, нежели сколько слѣдуетъ уплатить кредитору, то недостатокъ взыскивается въ удовлетвореніе его съ закладчика. Наша практика пришла къ заключенію, что, въ случаѣ недостатка суммы, вырученной отъ продажи заложенной движимости, для покрытія всего долга, взысканіе можетъ быть обращено и на все остальное имущество, въ противоположность порядку, установленному для залога недвижимостей (кас. рѣш. 1889, № 2, 1903, № 98). Во всякомъ случаѣ слѣдуетъ признать, что разсматриваемый вопросъ представляетъ большія сомнѣнія съ точки зрѣнія нашего законодательства.

Положеніе, принятое нашимъ законодательствомъ и нашею практикою въ отношеніи недвижимостей, приходится признать и нелогичнымъ и несправедливымъ. Нелогичность его обнаруживается изъ существа залога, который имѣетъ своею цѣлью— усилить обезпеченность правъ требованія, имѣющихъ уже объектомъ своего удовлетворенія все имущество должника. Слѣдо-

вательно, залоговое право, кромѣ общаго всѣмъ кредиторамъ права на имущество должника, даетъ залогодержателю, сверхъ того, спеціальное право преимущественнаго удовлетворенія изъ цѣнности опредѣленной вещи. Въ этомъ заключается реальное обезпеченіе права. Залоговое право не производитъ новаціи, оно не прекращаетъ силы главнаго обязательственнаго отношенія и не замѣняетъ, а лишь дополняетъ залоговымъ отношеніемъ. Поэтому залогодержатель не можетъ быть лишенъ права отказаться во всякое время отъ предоставленной ему привилегіи и искать удовлетворенія на общемъ основаніи, т.-е. во всякомъ имуществѣ должника, а не въ опредѣленной вещи. Исходя послѣдовательно изъ положенія нашего закона, необходимо признать, что гибель объекта залога или недѣйствительность залоговой сдѣлки не только устраняютъ силу дополнительнаго отношенія, но прекращаютъ силу главнаго, т.-е. лишаютъ кредитора его права по обязательству. Дѣйствительно, практика наша пришла къ такимъ выводамъ (кас. рѣш. 1880, № 143). Вопреки цѣли и существу залога, оказываются возможными случаи, когда залогодержатель менѣе обезпеченъ въ своихъ правахъ, чѣмъ обыкновенный, непривилегированный кредиторъ. Однако, этотъ логическій выводъ нашей судебной практики встрѣчается съ прямымъ постановленіемъ закона, въ силу котораго въ случаѣ залога чужой вещи отпадаетъ лишь залогъ, а кредиторъ сохраняетъ основное право требованія по обязательству (т. X ч. 1 ст. 1629 п. 1 и 1664 п. 1).

Положеніе нашего закона должно быть признано и несправедливымъ, потому что ставитъ реальный кредитъ въ худшее положеніе, чѣмъ личный. Кредиторъ, принимая въ обезпеченіе своего права требованія залогъ, соглашается оказать должнику кредитъ за меньшій процентъ, нежели простой кредиторъ, который возвышаетъ процентъ въ виду риска. А между тѣмъ оказывается, что рискъ нерѣдко можетъ быть больше на сторонѣ залогодержателя, чѣмъ личнаго кредитора. Кромѣ того, вопіющимъ нарушеніемъ справедливости представляется такой, вполнѣ возможный, случай, когда должникъ, получившій богатое наслѣдство, бросаетъ кредитору обезцѣненное имѣніе или сгорѣвшій и незастрахованный домъ. Вредность указаннаго положенія въ экономическомъ отношеніи обнаруживается изъ того, что при рискѣ, который несетъ у насъ «обезпеченный» кредиторъ, онъ или повыситъ процентъ, или уменьшитъ сумму, даваемую подъ залогъ.

Въ виду такихъ невыгодныхъ для кредитора послѣдствій залога, въ практикѣ обнаруживается стремленіе устранить дѣйствіе означеннаго правила включеніемъ въ договоръ займа оговорки, въ силу которой должникъ принимаетъ на себя обязанность удовлетворить кредитора до полной суммы займа изъ всего остального своего имущества. Сенатъ поддержалъ это направленіе, признавъ полную силу за такими соглашеніями (кас. рѣш. 1884, № 5).

При несостоятельности должника заложенныя имъ вещи не поступаютъ въ конкурсную массу, но продаются отдѣльно, и только оставшаяся по удовлетвореніи залогодержателя сумма поступаетъ въ конкурсную массу (уст. суд. торг. ст. 505 п. 1 и 506 п. 3). Однако, конкурсное управленіе, если надѣется продать заложенное имущество на болѣе выгодныхъ для себя условіяхъ, имѣетъ право выкупа, что въ сущности безразлично для кредитора, такъ какъ въ томъ и другомъ случаѣ онъ удовлетворяется полностью (уст. суд. торг. стт. 480 и 481).

VI. Особые виды залога. Указанныя общія правила о залоговомъ правѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ нѣсколько измѣняются, образуя особые виды залога.

1. Нѣкоторыя особенности представляетъ залогъ недвижимости въ *кредитныхъ установленіяхъ*, какъ Государственный, дворянскій банки, городскіе общественные банки, городскія кредитныя общества, акціонерные поземельные банки. Установленіе залога, какъ обезпеченіе долга кредитному учрежденію, предполагаетъ, что должникъ представитъ акты укрѣпленія на недвижимость и залоговое свидѣтельство старшаго нотаріуса или суда о принадлежности имѣнія залогодателю и о свободѣ отъ запрещеній (т. XI ч. 2, уст. кред., разд. VI ст. 55, разд. XI ст. 140). Строенія должны быть непремѣнно застрахованы. Оцѣнка имуществъ производится самимъ банкомъ, и выдаваемая подъ залогъ сумма ставится въ извѣстное процентное отношеніе къ оцѣночной суммѣ (50—75%). Заемная сумма выдается или деньгами, или, чаще, закладными листами, т.-е. обязательствами самого банка, обезпеченными состоящимъ въ его залогѣ имуществомъ. Реализація закладныхъ листовъ производится или самимъ банкомъ, или заемщикомъ. Заемъ подъ залогъ производится обыкновенно на весьма продолжительное время, напр., на 36 или 49 лѣтъ, потому что долгъ уплачивается постепенно,—вмѣстѣ съ процентомъ по займу уплачивается и процентъ погашенія. Право распоряженія со стороны

собственника подлежитъ нѣкоторымъ ограниченіямъ, такъ, напр., перестройка заложеннаго зданія допускается не иначе, какъ по удостовѣреніи банкомъ, что она не можетъ уменьшить цѣнности залога (т. XI ч. 2, уст. кред., разд. XI ст. 149). Въ противоположность простому залогодержателю, банкъ въ правѣ требовать отъ залогодателя воздержанія отъ вредныхъ и обезцѣнивающихъ залогъ дѣйствій, напр., не заключать арендныхъ договоровъ на срокъ свыше 3 лѣтъ, не продавать на срубъ лѣсъ, не сносить нѣкоторыхъ строеній (т. XI ч. 2, уст. кред. разд. VI стт. 68 и 85). Съ другой стороны, съ согласія банка собственникъ можетъ продать, подарить заложенную недвижимость, съ переводомъ долга, безъ уничтоженія перваго залога. Главная особенность залога въ кредитномъ установленіи состоитъ въ правѣ этого послѣдняго произвести самостоятельно продажу, безъ посредства суда. Этимъ правомъ пользуются и частные банки.

2. Нѣкоторымъ особымъ положеніямъ подлежатъ *ссудныя кассы*, для предупрежденія злоупотребленій довѣріемъ закладчиковъ (т. X ч. 1 ст. 1663 прим. 1, прил.). Прежде всего ссудная касса получаетъ отъ городской управы шнуровую книгу. Въ нее записываются: имя закладчика, описаніе закладываемой вещи, размѣръ выданной подъ закладъ суммы, время выдачи и возвращенія ея, размѣръ процента и платы за храненіе. Затѣмъ изъ книги вырѣзается ярлыкъ, который прикрѣпляется къ заложенной вещи, а закладчику вручается билетъ, повторяющій содержаніе записки въ книгѣ. Процентъ по займу и плата за храненіе уплачиваются только при возвращеніи занятой суммы. При выкупѣ заклада касса обязана выдать заемщику расписку. Просроченные заклады продаются съ аукціона черезъ городскихъ аукціонистовъ, а гдѣ ихъ нѣтъ, черезъ полицію. Однако, просроченный закладъ не можетъ быть назначенъ въ продажу ранѣе двухъ мѣсяцевъ послѣ срока платежа, въ теченіе которыхъ закладчикъ сохраняетъ право выкупа. При продажѣ закладовъ, торгъ начинается съ суммы долга, включая въ него всѣ слѣдующіе съ заемщика платежи. Если по этой цѣнѣ не будетъ покупателя, то закладъ поступаетъ въ собственность содержателя ссудной кассы.

3. Образованные по правиламъ закона 1888 года *товарные склады*, въ удостовѣреніе сложеннаго у нихъ товара, выдаютъ свидѣтельства, простыя или двойныя. Вторыя состоятъ изъ двухъ листовъ, изъ которыхъ одинъ называется складоч-

нымъ свидѣтельствомъ и удостовѣряетъ право собственности на товаръ, а другой носитъ названіе закладного свидѣтельства (варрантъ) и удостовѣряетъ залоговое право на тотъ же товаръ (т. X ч. 2, уст. торг. стт. 766 — 819). Разъединяя эти документы, складчикъ можетъ заложить свои товары передачею по надписи закладного свидѣтельства, а потомъ отдѣльно передать и складочное свидѣтельство. Обладатель послѣдняго можетъ и до срока уплатить лежащій на товарѣ долгъ. Обладатель закладного свидѣтельства, не получившій въ срокъ удовлетворенія отъ собственника, можетъ обратиться къ правленію товарнаго склада, которое производитъ внѣсудебнымъ порядкомъ продажу, погашаетъ долгъ, а остатокъ вырученной суммы возвращаетъ собственнику товара. Особенность разсматриваемаго залога состоитъ въ томъ, что закладное свидѣтельство можетъ переходить по надписи отъ одного лица къ другому. Послѣдній обладатель документа, не получившій въ срокъ удовлетворенія отъ собственника, можетъ обратиться съ требованіемъ объ удовлетвореніи къ каждому изъ надписателей. Слѣдовательно, въ противоположность общему правилу, закладное право можетъ переходить отъ одного лица къ другому безъ согласія залогодателя и притомъ создаетъ солидарную отвѣтственность всѣхъ надписателей. Если черезъ продажу товара не будетъ выручена вся сумма долга, то обладатель закладного свидѣтельства имѣетъ право требовать остальную сумму съ лица, получившаго деньги подъ закладъ, а также съ надписателей.

ОТДѢЛЪ II.

Исключительное право.

§ 30.

Общее понятіе объ исключительныхъ правахъ.

I. Экономическое значеніе. Нѣкоторые экономисты признаютъ три вида хозяйственныхъ благъ: вещи, услуги и отношенія. Соотвѣтственно тому различались бы объекты вещныхъ, обязательственныхъ и исключительныхъ правъ. Но отношенія, создающія выгодное для отдѣльного лица положеніе, не составляютъ сами по себѣ благъ съ народно-хозяйственной точки зрѣнія, а обезпечиваютъ лишь отдѣльному лицу возможность пріобрѣтенія благъ, не увеличивая общественнаго ихъ запаса. Эта обезпеченность достигается тѣмъ, что законъ запрещаетъ всѣмъ, кромѣ одного, совершать дѣйствія, притягающія въ обмѣнъ къ совершающему ихъ различныя блага. Такимъ запрещеніемъ, поддержаннымъ силами правового порядка, для отдѣльнаго лица создается исключительное положеніе. Нормы права, обезпечивающія такое положеніе, могутъ быть названы въ своей совокупности исключительнымъ правомъ.

Такимъ исключительнымъ положеніемъ пользуются авторы, художники, композиторы, изобрѣтатели и др. Все это лица, которыя силами своего духа создаютъ новыя для общества блага. Значеніе ихъ дѣятельности главнымъ образомъ въ творчествѣ. Если бы, однако, каждый могъ свободно подражать ихъ дѣйствіямъ, столь цѣннымъ для общества, то сами иниціаторы не получили бы вовсе матеріальнаго вознагражденія или получили бы несоотвѣтственно своимъ заслугамъ передъ обществомъ. Если кто угодно можетъ перепечатать книгу, ноты, скопировать картину, использовать изобрѣтеніе, то творчество

не принесло бы никакой матеріальной выгоды своимъ представителямъ.

Конечно духовное творчество не имѣетъ своею цѣлью матеріальныя выгоды, и такая постановка цѣли способна только подорвать цѣнность продуктовъ такого творчества. Въ этомъ отличіе производителей духовныхъ благъ отъ производителей хозяйственныхъ благъ, которые совершенно сознательно ставятъ своею цѣлью матеріальную для себя выгоду. Хозяйственный принципъ не примѣнимъ къ труду ученаго, поэта или художника. Но общество считаетъ себя обязаннымъ доставить матеріальную обезпеченность представителямъ духовнаго творчества по связи съ ихъ дѣятельностью. Правовой порядокъ, построенный на началахъ частичной иниціативы и свободной конкуренціи, представляетъ себѣ эту обезпеченность въ формѣ субъективныхъ правъ, охраняющихъ автора, художника, изобрѣтателя отъ подражаній, отнимающихъ у нихъ матеріальный результатъ ихъ духовнаго творчества. Совершенно неправильно утверждать, какъ это дѣлаетъ Адольфъ Вагнеръ, будто «установленіе исключительнаго права объясняется желаніемъ проявить справедливость въ отношеніи квалифицированнаго рабочаго (писателя, художника, изобрѣтателя), и въ то же время, согласно съ видами общества, возбуждать его рвеніе къ труду». Духовное творчество не возбуждается мыслью о матеріальномъ вознагражденіи, но оно нуждается, для своего проявленія, въ матеріальной обезпеченности.

II. Юридическая природа. Конструкція исключительныхъ правъ вызывала и продолжаетъ вызывать острые споры. Это объясняется молодостью правового института, долгимъ господствомъ романистическихъ тенденцій, которыя обязывали отыскать ему мѣсто въ системѣ, установленной римскими юристами, наконецъ, практическими соображеніями, которыя побуждали подвести новое право подъ неоспариваемое уже никѣмъ старое право.

Исключительное право признается правомъ собственности. Соотвѣтственно тому говорятъ о литературной, художественной, музыкальной, промышленной собственности. Это былъ взглядъ нашего законодательства до послѣдняго времени. Экономическое оправданіе для подведенія исключительнаго права подъ право собственности видятъ въ мнимомъ единствѣ основанія обоихъ институтовъ—трудъ. Однако, ошибочно полагать, будто право собственности имѣетъ въ основаніи трудъ. А если бы

это и было вѣрно, то отсюда еще не слѣдуетъ, что всякая трудовая дѣятельность охраняется одними и тѣми же юридическими средствами. Историческое оправданіе разсматриваемаго сопоставленія находитъ себѣ объясненіе въ томъ, что борьба за исключительное право облегчалась, съ точки зрѣнія общественной психологіи, ссылкою на тождество его съ правомъ собственности, давно укрѣпившемся въ народномъ сознаніи. Но въ настоящее время, когда необходимость данной защиты не возбуждаетъ сомнѣній, этотъ аргументъ теряетъ свою силу. Общежитейское оправданіе можно найти въ словоупотребленіи, которое допускаетъ смѣшеніе собственности съ принадлежностью: если стихи или изобрѣтеніе принадлежатъ поэту или изобрѣтателю, то они его собственность (право собственности). Дѣло научной критики,—не поддаваться расплывчатому словоупотребленію. Юридическое оправданіе состоитъ въ томъ, что исключительное право, какъ и право собственности, защищается противъ всѣхъ, потому что нарушителемъ можетъ быть каждый. Но указанное сходство доказываетъ только, что то и другое право принадлежитъ къ одному роду,— абсолютныхъ правъ, различаясь, какъ виды, по своему объекту. Право собственности тѣсно связано съ матеріальностью своего объекта, тогда какъ у исключительнаго права матеріальнаго объекта нѣтъ.

Исключительное право разсматривается какъ личное право. Замѣтимъ прежде всего, что само личное право является величиной довольно неопредѣленной. Личное право противополагается вещному праву, а съ другой стороны имущественному праву; личное право—право неразрывно связанное съ лицомъ, какъ алименты. Историческое оправданіе такой конструкціи заключается въ возможности ссылки на священныя права личности. Чтобы перенести въ исключительномъ правѣ центръ тяжести въ личную сторону, необходимо предварительно ослабить имущественное значеніе института. Между тѣмъ вся исторія его сводилась къ имущественному вопросу. Исключительное право тѣмъ менѣе можетъ быть построено какъ личное, что оно не связано съ вопросомъ объ авторствѣ духовнаго продукта и очень легко отрывается отъ личности того человѣка, духовному творчеству котораго обязанъ своимъ существованіемъ объектъ права. Авторское право въ рукахъ издателя, право на промышленное изображеніе въ рукахъ фабриканта, оставляютъ личность творца совершенно въ сторонѣ. Между тѣмъ нашъ Сенатъ

призналъ, что «авторское право неразрывно связано съ лицомъ автора» (кас. рѣш. 1910, № 43), хотя выводомъ изъ такого представленія являлась бы недопустимость отчужденія авторскаго права, что̀ противорѣчитъ дѣйствительности. Стоя на своей точкѣ зрѣнія, Сенатъ сдѣлалъ и другой невѣрный выводъ: такъ какъ «по природѣ своей авторское право не можетъ имѣть опредѣленной рыночной стоимости», то авторское право при переходѣ его по наслѣдству не подлежитъ оплатѣ наслѣдственною пошлиною.

Если не стремиться втиснуть во что бы то ни стало исключительное право въ систему гражданскаго права, сложившуюся на почвѣ римскихъ источниковъ, то необходимо признать за нимъ самостоятельный характеръ. Это право sui generis. Въ германской литературѣ, подъ вліяніемъ Колера, распространена идея права на нематеріальныя блага (Immaterialgüterrecht), обнимающаго защиту интересовъ автора, художника, композитора, фотографа и другихъ. Противъ этого взгляда можно выставить то, что услуги другихъ лицъ, составляющія объектъ обязательственныхъ правъ, относятся также къ нематеріальнымъ благамъ, а, слѣдовательно, обязательственныя права слились бы съ исключительными. Другіе, какъ Рогэнъ, выдвигаютъ теорію частно-правовой монополіи, подъ которую и подводятъ исключительныя права.

Въ опредѣленіи юридической природы правъ, сейчасъ разсматриваемыхъ, слѣдуетъ прежде всего отмѣтить то обстоятельство, что эти права охраняютъ имущественные интересы, но не личные, связанные съ авторствомъ, и обезпечиваемые болѣе всего свободою слова и печати. Если личные интересы и могутъ косвенно защищаться путемъ авторскаго, художественнаго и другихъ правъ, то это лишь рефлективное ихъ дѣйствіе. Такимъ образомъ, разсматриваемыя права входятъ въ категорію имущественныхъ правъ. Но, отыскивая для нихъ здѣсь помѣщеніе, мы должны признать, что въ системѣ права, выработанной на почвѣ римскихъ источниковъ, имъ мѣста нѣтъ. Необходимо нѣсколько расширить зданіе. Анализъ этихъ правъ показываетъ, что они защищаются не противъ опредѣленныхъ лицъ, а противъ всѣхъ, и, по этому абсолютному моменту, они ближе всего стоятъ къ вещному праву. Въ то же время они отличаются отъ него по нематеріальности объекта,— право художника на написанную имъ картину далеко не то же самое, что право собственника, купившаго ее. Такъ какъ эти

права обезпечиваютъ субъектамъ ихъ исключительную возможность совершенія нѣкоторыхъ дѣйствій, запрещенныхъ другимъ, то они могутъ быть названы исключительными правами. Исключительныя права распадаются на два отдѣла: 1) авторскія права, какъ право на литературныя произведенія, на художественныя произведенія, на музыкальныя произведенія, и 2) промышленныя права, какъ права на изобрѣтенія, на товарные знаки, на фабричные рисунки и модели, на фирму, на фотографію и т. п.

III. Историческое развитіе. Древнему міру, несмотря на его богатую литературу и скульптуру, идея исключительнаго права на распространеніе продукта своего духовнаго творчества была совершенно чужда. Это объясняется съ одной стороны низкимъ соціальнымъ положеніемъ представителей интеллектуальнаго труда, особенно въ Римѣ, а съ другой— отсутствіемъ техническихъ способовъ воспроизведенія, а вмѣстѣ съ тѣмъ и конкуренціи въ распространеніи. Положеніе авторовъ или художниковъ не обезпечивалось продуктами ихъ творчества. Матеріальная обезпеченность достигалась покровительствомъ богатыхъ людей, на подобіе Мецената. То же явленіе наблюдается въ средніе вѣка, и даже въ новое время, когда писатели, художники вращались въ придворной сферѣ, которая одна доставляла имъ и славу и деньги.

Между тѣмъ, съ изобрѣтеніемъ книгопечатанія, открылся новый промыселъ—издательство. Затрачивая капиталъ на подготовительныя работы, на размноженіе сочиненія въ книгахъ, на вознагражденіе автора, издатель не былъ обезпеченъ противъ тѣхъ, кто перепечатывалъ книгу и распространялъ ее по болѣе дешевой цѣнѣ. Столкновеніе интересовъ на этой почвѣ привело къ ходатайствамъ издателей передъ королевской властью, какъ о милости, о запрещеніи всѣмъ другимъ печатать и распространять ту же книгу. Издателю выдавалась привилегія, которая ставила его въ исключительное положеніе по усмотрѣнію и доброй волѣ монарха. Нѣсколько иначе ставился вопросъ въ промышленности. Цеховая система запрещала кому-либо изъ промышленниковъ пользоваться своимъ изобрѣтеніемъ отдѣльно отъ другихъ. На этотъ разъ изобрѣтатели или поддерживавшіе ихъ капиталисты ходатайствовали, какъ о милости, объ освобожденіи ихъ лично отъ цехового запрета,— чѣмъ опять таки создавалось исключительное положеніе.

Въ XVIII вѣкѣ, во Франціи, нарождается буржуазное общество, богатое интеллектуальными силами, которое само даетъ

оцѣнку писателямъ и художникамъ, требуетъ отъ нихъ самостоятельности, которая мало согласовалась съ покровительствомъ, и политической независимости, которая не мирилась съ представленіемъ о милости. Впервые всталъ вопросъ, что духовная дѣятельность даетъ право на свои продукты, какъ всякая собственность, существующая по естественному праву, а не по милости королей. Впервые въ 1793 году авторамъ, а не издателямъ, дана была защита ихъ интересовъ, и не въ видѣ привилегіи, а въ видѣ общаго правила. Изъ Франціи эта идея переносится въ теченіе XIX вѣка по всему свѣту. Начавшись съ писателей, защита переходитъ на всѣ другіе виды духовнаго творчества. А рядомъ съ тѣмъ развивающійся капитализмъ выдвигаетъ все новые виды защиты интересовъ, связанныхъ съ тѣми средствами экономической борьбы, которыя являются продуктомъ человѣческой изобрѣтательности.

Въ Россіи интересы авторовъ впервые обращаютъ на себя вниманіе въ 1828 и 1830 годахъ, когда издаются законы о правахъ сочинителей, при чемъ авторское право признается правомъ собственности. Законами 1845 и 1848 авторское право расширяется включеніемъ въ себя музыкальной и художественной собственности. Взглядъ законодателя на авторское право сказался въ томъ мѣстѣ, какое отведено ему было въ Сводѣ Законовъ,—оно было помѣщено въ цензурномъ уставѣ. Только изданіе 1887 г. перенесло эти нормы въ гражданскіе законы, въ приложеніе къ ст. 420 т. X ч. 1, опредѣляющей, что такое право собственности. Неудовлетворительность этой части русскаго законодательства была внѣ всякаго сомнѣнія, но едва ли можно согласиться съ мнѣніемъ министра юстиціи, что «дальнѣйшее оставленіе его въ силѣ грозило бы серьезною опасностью для всего нашего просвѣщенія и культуры». Во всякомъ случаѣ новыя законодательныя учрежденія признали безотлагательность этого вопроса и 20 марта 1911 года появилось положеніе объ авторскомъ правѣ.

§ 31.

Авторскія права.

Литература: Шершеневичъ, *Авторское право на литературныя произведенія*, 1891; Калмыковъ, *О литературной собственности* („Ж. Мин. Нар. Просв.“ 1851); Муромцевъ, *Авторское право* („Юр. В.“, 1879, № 3); Пацкевичъ, *Объектъ авторскаго права* („Зап. Нов.

Ун.“, 1878); Табашниковъ, *Литературная собственность*, 1878, т. I; Спасовичъ, *Права авторскія и контрафакція*, 1865; Миллеръ, *Музыкальная собственность* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1886, № 2); Федоровъ, *Къ вопросу объ авторскомъ правѣ на произведенія литературныя, художественныя и музыкальныя*, 1896; Никоновъ, *Юридическая природа авторскаго права* („В. Пр.“, 1899, № 4); Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. II, стр. 588—668; Борзенко, *Право автора на переводъ*, 1892; Кобеляцкій, *Промышленная, литературная, художественная и музыкальная собственность*, 1896; Гальперинъ-Каминскій, *Общая польза авторскаго права*, 1894; Пиленко, *Международныя литературныя конвенціи*, 1884; Шенкъ, *Объ авторскомъ правѣ на музыкальныя произведенія*, 1909.

I. Авторское право на литературныя произведенія. Подъ этимъ именемъ понимается исключительное право автора воспроизводить и распространять свое литературное произведеніе (ст. 2), насколько тому не препятствуетъ публичный законъ и законно пріобрѣтенныя права частныхъ лицъ.

1. *Субъектомъ авторскаго права* является авторъ, какъ лицо, духовному творчеству котораго литературное произведеніе обязано своимъ существованіемъ, а также, производнымъ путемъ, его правопреемники. Личность автора опредѣляется помѣщеніемъ имени на книгѣ, хотя бы въ дѣйствительности она была написана другимъ лицомъ, хотя бы она была написана по заказу. Если произведеніе появилось на свѣтъ безъ означенія фамиліи автора (анонимно) или подъ вымышленнымъ именемъ (псевдонимно), то субъектъ права остается неизвѣстнымъ, пока авторъ не выступитъ съ доказательствами своего авторства. Нашъ законъ, въ противоположность германскому, не признаетъ издателя предполагаемымъ представителемъ неизвѣстнаго автора и не даетъ ему права защищать его интересы въ случаѣ ихъ нарушенія посторонними лицами. Литературное произведеніе можетъ быть продуктомъ совмѣстной работы нѣсколькихъ лицъ, соавторовъ. Если такое произведеніе образуетъ одно нераздѣльное цѣлое, напр., драму, романъ, то субъектами права становятся всѣ авторы, при чемъ между ними создается общность, къ которой, по закону, имѣютъ «соотвѣтственное примѣненіе» правила объ общей собственности (ст. 5). Этому противополагается произведеніе, хотя и составленное совокупнымъ трудомъ нѣсколькихъ лицъ, но состоящее изъ частей, сохраняющихъ самостоятельное научное или литературное значеніе, напр., сборникъ статей, альманахи. Въ этомъ случаѣ каждый изъ соавторовъ сохраняетъ авторское право на свое отдѣльное произведеніе (ст. 15). Такъ какъ

духовное творчество предполагаетъ реальнаго индивида, то юридическія лица не должны бы быть субъектами первоначальнаго авторскаго права. Однако, наше старое законодательство устанавливало, что ученыя общества или учрежденія издавали отъ своего имени научные труды. Новый законъ обходитъ этотъ вопросъ, какъ бы давая понять, что юридическія лица могутъ быть субъектами только производнаго авторскаго права. Авторское право присваивается иногда и не авторамъ: составители сборниковъ народныхъ пѣсенъ и мелодій, пословицъ, сказокъ, повѣстей, былинъ и тому подобныхъ произведеній народнаго творчества, сохранившихся въ изустномъ преданіи, имѣютъ авторское право на эти сборники, что, однако, не препятствуетъ другимъ лицамъ издавать тѣ же произведенія въ самостоятельной обработкѣ или въ самостоятельныхъ сборникахъ (ст. 13).

Наше старое законодательство связывало возникновеніе авторскаго права въ лицѣ даннаго субъекта съ выпускомъ произведенія въ предѣлахъ Россіи. Иначе ставитъ вопросъ новый законъ. Авторское право признается: a) въ отношеніи произведеній, появившихся въ свѣтъ въ Россіи,—за всѣми авторами, независимо отъ ихъ подданства; b) въ отношеніи произведеній, появившихся въ свѣтъ за границею,—за авторами, состоящими въ русскомъ подданствѣ, и c) въ отношеніи рукописей, еще не опубликованныхъ,—за всѣми авторами, независимо отъ ихъ подданства и мѣстонахожденія произведенія (ст. 4).

2. *Объектомъ авторскаго права* является литературное произведеніе, какъ продуктъ духовнаго творчества, облеченный въ опредѣленную форму, и предназначенный къ обращенію въ обществѣ.

Если литературное произведеніе предполагаетъ форму, письменную или словесную, въ которую облечена идея писателя, то авторское право не можетъ дать защиты противъ воспроизведенія и распространенія идеи со стороны другихъ лицъ. Требованіе формы съ точки зрѣнія нашего закона (ст. 1 п. 1) выражается въ положеніи, что авторское право распространяется на литературныя произведенія какъ письменныя, такъ и изустныя (рѣчи, лекціи, рефераты, доклады, сообщенія, проповѣди и т. п.). Нѣсколько противорѣчитъ этому постановленіе, что публичное изложеніе непоявившагося въ свѣтъ литературнаго произведенія или опубликованіе содержанія такого произведенія безъ согласія автора не допускается (ст. 27).

Законъ въ данномъ случаѣ, какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ, вышелъ за предѣлы собственно авторскаго права и взялъ на себя защиту замысловъ автора.

Если литературное произведеніе предполагаетъ предназначенность продукта творчества къ публичному обращенію, то авторское право не можетъ дать защиты противъ воспроизведенія и распространенія произведенія, не предназначеннаго къ обращенію, какъ, напр., духовныя завѣщанія. Не противорѣчитъ этому запрещеніе со стороны закона воспроизводить и распространять частныя письма и частныя записки, потому что въ этомъ случаѣ имѣется въ виду не авторское право, а неприкосновенность частной переписки. Законъ объ авторскомъ правѣ, запрещающій печатать частныя письма безъ согласія извѣстныхъ лицъ, выходитъ за предѣлы своей цѣли. И самый способъ рѣшенія этого вопроса не можетъ быть признанъ удачнымъ. Частныя письма, не предназначавшіяся авторомъ къ напечатанію, могутъ быть изданы лишь съ обоюднаго согласія автора и лица, которому они были писаны; въ случаѣ же смерти кого-либо изъ означенныхъ лицъ и за отсутствіемъ особаго съ ихъ стороны распоряженія,—съ согласія лицъ, имѣющихъ послѣ нихъ право наслѣдованія по закону (ст. 28). Какъ можно запрещать автору письма, которое составляетъ продуктъ его творчества, напечатать его, если у него возникаетъ намѣреніе сдѣлать его достояніемъ публики? Какъ можно запрещать адресату напечатать полученное имъ письмо, если онъ намѣренъ воспользоваться имъ, какъ средствомъ защиты противъ его автора, который, именно въ виду этого согласія на опубликованіе не даетъ? Почему ставить опубликованіе частныхъ писемъ въ зависимость отъ согласія лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія по закону? Если имѣлось въ виду не фактъ полученія наслѣдства, а предполагаемая личная близость къ автору, то такое предположеніе не подтверждается тѣмъ обстоятельствомъ, что авторъ завѣщалъ свое имущество помимо этихъ лицъ, а также тѣмъ, что, при отсутствіи близкихъ родственниковъ, право наслѣдованія по закону принадлежитъ самымъ отдаленнымъ, согласіе которыхъ на печатаніе частныхъ писемъ не имѣетъ уже никакого оправданія. Такъ же мало объяснимо, почему изданіе дневниковъ и частныхъ записокъ, не предназначавшихся къ напечатанію, обусловлено опять-таки согласіемъ лицъ, имѣющихъ послѣ автора право наслѣдованія по закону (ст. 29), напр., какого-нибудь троюроднаго брата?

Несмотря на наличность творчества и предназначенность къ обращенію, постановленіемъ закона исключаются изъ числа объектовъ авторскаго права законы и правительственныя распоряженія, постановленія законодательныхъ учрежденій, земскихъ, городскихъ, сословныхъ и другихъ общественныхъ собраній, и матеріалы, на коихъ эти законы, распоряженія и постановленія основаны, а также рѣшенія судебныхъ установленій (ст. 37). Что касается рѣчей, произносимыхъ публично, напр., депутатомъ въ Государственной Думѣ, прокуроромъ въ судѣ, гласнымъ на земскомъ собраніи и т. п., то онѣ могутъ быть объектомъ авторскаго права и за авторомъ признается право на изданіе ихъ какъ отдѣльно, такъ и сборникомъ, но въ отношеніи этого объекта имѣется довольно существенное, хотя и вполнѣ оправдываемое ограниченіе: всѣ такія рѣчи могутъ быть печатаемы въ газетахъ, журналахъ, отдѣльныхъ отчетахъ о засѣданіяхъ (ст. 38).

Объектомъ авторскаго права можетъ быть переводъ такъ же, какъ и оригиналъ, потому что и переводъ составляетъ продуктъ творчества. Переводчикъ, согласно закону, пользуется авторскимъ правомъ на свой переводъ. Это право не препятствуетъ, однако, другимъ лицамъ самостоятельно переводить то же произведеніе (ст. 36). Авторское право на переводъ не слѣдуетъ смѣшивать съ правомъ перевода, т.-е. съ возможностью перевести литературное произведеніе на другой языкъ безъ согласія автора. При разсмотрѣніи того, какъ разрѣшается этотъ вопросъ по новому законодательству, необходимо различать сочиненія, изданныя въ Россіи и за границею. а) Авторъ сочиненія, изданнаго въ Россіи, независимо отъ подданства, пользуется исключительнымъ правомъ перевода его на другіе языки, но подъ условіемъ, если на заглавномъ листѣ или въ предисловіи имъ заявлено о сохраненіи за собою этого права. Исключительное право перевода принадлежитъ автору въ теченіе 10 лѣтъ со времени изданія подлинника, но подъ условіемъ напечатанія перевода авторомъ въ теченіе 5 лѣтъ, считая съ того же срока (ст. 33). b) Появившіяся въ свѣтъ за границею сочиненія пользуются или нѣтъ правомъ перевода въ зависимости отъ того, принадлежитъ или нѣтъ авторъ къ русскимъ подданнымъ. Сочиненіе, изданное русскимъ подданнымъ за границею, пользуется правомъ перевода, какъ и сочиненіе, изданное въ Россіи. Сочиненіе, изданное за границею иностраннымъ подданнымъ, можетъ быть свободно переведено въ Рос-

сіи на русскій или иные языки безъ согласія автора, если необходимость такого согласія не установлена международнымъ договоромъ (ст. 35). Иностранному автору, если онъ хочетъ избѣгнуть перевода его книги на русскій языкъ, остается издать свое сочиненіе одновременно на своемъ языкѣ на родинѣ и въ русскомъ переводѣ въ Россіи, потому что въ этомъ случаѣ оба эти изданія разсматриваются какъ подлинники (ст. 34).

3. *Содержаніе авторскаго права* обнимаетъ рядъ правомочій автора въ отношеніи своего произведенія.

a. Автору принадлежитъ исключительное право опубликовывать свое произведеніе (ст. 2). Поэтому публичное изложеніе непоявившагося въ свѣтъ литературнаго произведенія или опубликованіе содержанія такого произведенія безъ согласія автора не допускается (ст. 27). Защита этого правомочія въ гражданскомъ порядкѣ едва ли возможна, она всецѣло будетъ поддерживаться угрозою ареста или штрафа (угол. улож. ст. 620). Такому наказанію можетъ отнынѣ подвергнуться газета, которая передастъ въ общихъ чертахъ содержаніе романа, надъ которымъ работаетъ писатель.

b. Въ содержаніе правъ автора входитъ воспроизведеніе сочиненія. Подъ этимъ нужно понимать изготовленіе, тѣмъ или инымъ способомъ тисненія (типографія, литографія и др.), значительнаго числа матеріальныхъ предметовъ, въ которыхъ дано литературное произведеніе. Размноженіе составляетъ существенный моментъ въ исключительномъ правѣ автора, потому что воспроизведеніе въ единственномъ числѣ, напр., списываніе стихотворенія, не противорѣчитъ авторскому праву.

c. Главная опасность для автора заключается въ распространеніи его произведенія, съ каковою цѣлью и совершается воспроизведеніе. Возможность продажи книгъ, брошюръ, листковъ, содержащихъ его произведеніе, отнимаетъ у автора тѣ источники средствъ, изъ которыхъ онъ могъ бы извлекать доходы. Поэтому автору принадлежитъ исключительное право распространять свое произведеніе (ст. 2).

d. Авторское право на драматическія произведенія заключаетъ въ себѣ также исключительное право на публичное исполненіе сихъ произведеній (ст. 47). Такъ какъ законъ говоритъ о драматическомъ произведеніи, то въ содержаніе авторскаго права на иное сочиненіе не входитъ право исполненія ихъ на сценѣ. Слѣдовательно, такъ наз. миніатюры Чехова

могутъ быть исполняемы въ театрѣ безъ согласія автора. Такъ какъ законъ говоритъ о публичномъ исполненіи, то исполненіе не публичное, т.-е. безъ допущенія всякаго, пожелавшаго пріобрѣсти билетъ, не входитъ въ содержаніе авторскаго права. Слѣдовательно, на домашнемъ спектаклѣ могутъ быть исполняемы драматическія произведенія безъ согласія автора.

e. Содержаніе авторскаго права связано съ вопросомъ о передѣлкѣ произведенія. Таковы, напр., сокращенныя изданія большихъ романовъ, конспекты учебниковъ, созданіе драматическаго произведенія изъ повѣствовательнаго. Новый законъ предусматриваетъ главнымъ образомъ передѣлку повѣствовательнаго произведенія въ драматическую форму или драматическаго произведенія въ повѣствовательную форму, что и запрещается безъ согласія автора (ст. 31). Остальные виды передѣлки не предусмотрѣны, хотя сокращенное изданіе романа, изложенное словами авторами, составитъ недозволенную по объему выписку (ст. 39).

f. Въ содержаніе авторскаго права на литературное произведеніе входитъ и право перевода, которое уже было выше разсмотрѣно по сопоставленію съ правомъ на переводъ.

4. Какъ право имущественное, авторское право можетъ имѣть своимъ субъектомъ не только самого автора, но и его правопреемниковъ. *Переходъ авторскаго права* происходитъ по договору, по завѣщанію, по законному наслѣдованію. Въ отличіе отъ издательскаго договора, въ силу котораго авторъ предоставляетъ издателю право на одно или нѣсколько изданій, отчужденіе авторскаго права имѣетъ своею цѣлью перенесеніе на другое лицо всего содержанія того права, субъектомъ котораго былъ авторъ. Договоръ объ отчужденіи авторскаго права долженъ быть совершаемъ въ письменной формѣ (ст. 8), не подъ условіемъ недѣйствительности сдѣлки, а лишь въ виду устраненія свидѣтельскихъ показаній. Желая охранить начинающихъ писателей отъ эксплоатаціи издателей, новый законъ опредѣляетъ, что «предусмотрѣнные въ предыдущей (8) статьѣ договоры относительно будущихъ произведеній автора сохраняютъ силу не свыше пяти лѣтъ, хотя бы въ договорѣ была условлена бо̀льшая его продолжительность или безсрочность, (ст. 9). Въ предыдущей статьѣ предусматривается, среди другихъ договоровъ, и договоръ объ отчужденіи авторскаго права, которое, по существу своему, не можетъ быть срочнымъ. Поэтому приходится признать, что въ настоящее время невозможно

отчужденіе со стороны автора всѣхъ своихъ будущихъ произведеній. Авторское право можетъ перейти къ правопреемнику по завѣщательному распоряженію. Наконецъ, авторское право послѣ смерти автора переходитъ къ его наслѣдникамъ по закону. При этомъ, если послѣ автора остался единственнымъ наслѣдникомъ супругъ, то авторское право переходитъ къ нему въ полномъ объемѣ; если единственными наслѣдниками оказываются родители, то они полностью становятся субъектами авторскаго права; если послѣ автора остались супругъ и родители, то, при отсутствіи другихъ наслѣдниковъ, они становятся совмѣстными субъектами авторскаго права, по аналогіи съ общей собственностью (ст. 6). Принудительный переходъ авторскаго права, вслѣдствіе обращеннаго на автора или его правопреемника взысканія, признается со стороны закона недопустимымъ (ст. 10). Можно обратить взысканіе на запасъ уже отпечатанныхъ книгъ, можно обратить взысканіе на заключенный авторомъ издательскій договоръ, однако, въ предѣлахъ договора, но пріобрѣтеніе съ публичнаго торга литературнаго произведенія не даетъ покупщику авторскаго права на это произведеніе (уст. гражд. суд. ст. 1040).

5. Въ противоположность праву собственности, неограниченному во времени, авторское право отличается срочностью. Поэтому *прекращеніе авторскаго права* происходитъ прежде всего за истеченіемъ срока дѣйствія его.

Срокъ авторскаго права, составляя предметъ остраго спора въ теоріи, устанавливается весьма различно въ законодательствахъ. Въ то время, какъ одни, усматривая главнымъ образомъ общественный интересъ, отстаиваютъ возможно краткій срокъ, по истеченіи котораго литературное произведеніе могло бы стать общимъ достояніемъ, другіе, становясь преимущественно на точку зрѣнія частнаго интереса наслѣдниковъ автора, отстаиваютъ возможно продолжительный срокъ. Высшій срокъ устанавливаетъ испанскій законъ—80 лѣтъ послѣ смерти автора, кратчайшій срокъ опредѣляется въ шведскомъ законѣ—10 лѣтъ со времени смерти автора. Во Франціи предѣльный срокъ дѣйствія авторскаго права—50 лѣтъ, а въ Германіи—30 лѣтъ съ момента смерти автора. Въ Англіи авторское право дѣйствуетъ въ теченіе 7 лѣтъ со времени смерти автора, но, если со времени изданія сочиненія не прошло 42 лѣтъ, то дѣйствіе продолжается до истеченія этого момента. Въ Сѣверо-Американскихъ Соединенныхъ Штатахъ, по новѣйшему закону 1909 года,

продолжительность дѣйствія авторскаго права опредѣляется въ 28 лѣтъ со времени изданія сочиненія, съ отсрочкою еще на 28 лѣтъ, если авторъ или его ближайшіе родственники въ живыхъ.

Въ Россіи закономъ 1828 года продолжительность авторскаго права была опредѣлена въ 25 лѣтъ со времени смерти автора. Въ 1857 году, по ходатайству вдовы Пушкина, срокъ былъ продленъ до 50 лѣтъ. Послѣ ожесточенныхъ споровъ въ Думѣ и Совѣтѣ, новый законъ 20 марта 1911 года сохраняетъ эту цифру. Авторское право на литературныя произведенія принадлежитъ автору въ теченіе всей его жизни, а наслѣдникамъ или другимъ правопреемникамъ его—въ теченіе 50 лѣтъ со времени смерти автора (ст. 11). Этотъ срокъ исчисляется съ 1 января того года, въ которомъ авторъ умеръ (ст. 18). Въ нѣкоторыхъ случаяхъ исчисленіе срока производится иначе. На произведенія, появившіяся въ свѣтъ послѣ смерти автора, срокъ авторскаго права исчисляется со времени смерти автора, хотя въ нѣкоторыхъ случаяхъ указано исчислять этотъ срокъ со времени изданія сочиненія. Срокъ на произведеніе, составленное совокупнымъ трудомъ нѣсколькихъ лицъ и образующее одно нераздѣльное цѣлое, исчисляется для правопреемниковъ авторовъ со времени смерти того автора, который пережилъ остальныхъ (ст. 12). Для произведеній безъ автора, какъ сборники пѣсенъ, сказокъ, былинъ и т. п. срокъ начинается со времени ихъ изданія (ст. 13). Для сочиненій, изданныхъ подъ анонимомъ или псевдонимомъ срокъ исчисляется также съ момента появленія въ свѣтъ; но если, до истеченія срока, авторомъ или правопреемникомъ его заявлено будетъ авторское право на произведеніе, то они вступаютъ въ свои права, на общемъ основаніи (ст. 17).

Авторское право прекращается и литературное произведеніе становится общественнымъ достояніемъ со дня смерти автора, если авторъ не распорядился при жизни своимъ авторскимъ правомъ и послѣ него не осталось наслѣдниковъ (ст. 7).

Прекращеніе авторскаго права можетъ наступить вслѣдствіе отреченія автора или его правопреемника отъ принадлежащаго ему права. Нѣтъ необходимости, чтобы отреченіе произведено было въ письменной формѣ. Ст. 8, требующая письменности для отчужденія авторскаго права къ данному случаю непримѣнима, потому что отреченіе отъ права не есть отчужденіе права. Авторъ можетъ словесно заявить о своемъ отреченіи на какомъ-нибудь общественномъ собраніи.

6. Совершеніе постороннимъ лицомъ дѣйствій, входящихъ въ правомочія субъекта авторскаго права, составляетъ *нарушеніе авторскаго права.* Воспроизведеніе литературнаго произведенія съ цѣлью его распространенія или распространеніе произведенія, съ этою цѣлью воспроизведеннаго, составляли прежде содержаніе понятія контрафакціи. Новый законъ отказался отъ этого термина, хотя въ жизни онъ еще долго сохранится, какъ и другой терминъ—плагіатъ, подъ которымъ понимается заимствованіе изъ чужого произведенія, хотя и допустимое юридически, но недопустимое съ точки зрѣнія литературной этики. Однако, теперь, когда законодатель оставилъ прежній механическій пріемъ опредѣленія нарушенія права, и опредѣлилъ, что не считается нарушеніемъ авторскаго права пользованіе чужимъ произведеніемъ для созданія новаго произведенія, существенно отъ него отличающагося (ст. 3), суду невольно придется считаться съ требованіями литературной этики.

Законъ признаетъ допустимыми небольшія выписки изъ появившихся уже въ свѣтъ чужихъ сочиненій или даже полную перепечатку чужихъ, незначительныхъ по объему, произведеній, подъ условіемъ помѣщенія такихъ выписокъ или перепечатокъ въ сочиненіи, составляющемъ самостоятельное цѣлое, или же въ хрестоматіяхъ и другихъ сборникахъ съ учебною, либо научною цѣлью (ст. 39). При всякихъ разрѣшаемыхъ закономъ заимствованіяхъ изъ чужого произведенія обязательно указаніе автора и источника заимствованія (ст. 19).

Нарушителемъ авторскаго права можетъ быть всякое постороннее лицо. Но въ это положеніе посторонняго лица становится и самъ авторъ послѣ отчужденія имъ по договору своего авторскаго права, субъектомъ котораго стало другое лицо. Нельзя согласиться со взглядомъ, будто виновнымъ въ нарушеніи авторскаго права является авторъ, когда онъ, заключивъ издательскій договоръ, самовольно издаетъ свое сочиненіе. Въ этомъ случаѣ авторъ нарушаетъ договоръ, а не авторское право, субъектомъ котораго оказывается онъ самъ, а не издатель.

Преслѣдованіе за нарушеніе авторскаго права можетъ быть ведено въ двоякомъ порядкѣ: гражданскомъ и уголовномъ.

II. Право на періодическія изданія. На авторскомъ правѣ основано другое исключительное право, пріобрѣвшее въ послѣднее время большое практическое значеніе,—это право на періодическія или, какъ выражается нашъ законъ, на повременныя изданія. Подъ этимъ названіемъ понимаются:

1) газеты и журналы, выходящіе въ свѣтъ отдѣльными номерами, листами или книжками; 2) сборники или собранія новыхъ, оригинальныхъ или переводныхъ сочиненій или статей разныхъ писателей, издаваемые подъ однимъ общимъ заглавіемъ болѣе двухъ разъ въ годъ (т. XIV по Прод. 1906, уст. ценз. ст. 114, приложеніе, ст. 1). Право издателя періодическаго изданія слѣдуетъ признать производнымъ отъ первоначальнаго права редактора. Только редакторъ актомъ своей духовной дѣятельности придалъ произведенію нѣсколькихъ лицъ ту литературную форму, которая обосновываетъ авторское право. Если субъектомъ права на періодическое изданіе оказывается не редакторъ, а издатель, то это составляетъ результатъ договора, хотя бы и безмолвнаго, въ силу котораго редакторъ, за опредѣленное вознагражденіе, уступаетъ издателю право на продуктъ своего труда.

Каждый, желающій выпускать въ свѣтъ новое періодическое изданіе въ одномъ изъ городовъ Имперіи, обязанъ, согласно правиламъ 24 ноября 1905 года, подать мѣстному губернатору или градоначальнику, по принадлежности, заявленіе, содержащее въ себѣ означеніе: а) города, въ которомъ изданіе будетъ выходить; б) наименованіе изданія, его программы, сроковъ выхода его въ свѣтъ и подписной цѣны; в) имена, отчества, фамиліи и мѣста жительства издателя и отвѣтственнаго редактора, если издатель не приметъ этой обязанности на себя; г) типографіи, въ которой изданіе будетъ печататься (ст. 15). Не позднѣе двухъ недѣль со дня подачи заявленія, губернаторъ или градоначальникъ обязанъ выдать лицу, желающему выпускать въ свѣтъ новое повременное изданіе, свидѣтельство, въ двухъ экземплярахъ, съ обозначеніемъ въ немъ всѣхъ указанныхъ выше свѣдѣній. Одинъ экземпляръ свидѣтельства передается издателемъ для храненія въ типографію. Безъ такого свидѣтельства ни одна типографія не въ правѣ приступать къ набору и печатанію повременнаго изданія (ст. 18). Періодическое изданіе, при самомъ возникновеніи его, получаетъ особое названіе, которое разсматривается, какъ фирма предпріятія. По закону 20 марта 1911 года во все время существованія періодическаго изданія не допускается выпускъ въ свѣтъ другихъ изданій одного съ нимъ наименованія.

Въ содержаніи періодическаго изданія обнаруживается двоякій объектъ исключительнаго права: изданіе въ цѣломъ и составныя литературныя части изданія. Право издателя, основанное на

правѣ редактора, распространяется на газету или журналъ въ цѣломъ видѣ, какой приданъ имъ трудомъ редактора. Каждый изъ сотрудниковъ въ то же время сохраняетъ авторское право на помѣщенныя имъ въ изданіи статьи, являющіяся продуктомъ его духовнаго творчества. Юридическая защита имѣетъ въ виду или нарушеніе права извнѣ посторонними лицами, или внутри, со стороны издателя или со стороны сотрудниковъ.

Внѣшняя защита направлена главнымъ образомъ противъ перепечатокъ другими періодическими изданіями. Въ газетахъ, журналахъ и прочихъ періодическихъ изданіяхъ допускается перепечатка изъ другихъ періодическихъ изданій извѣстій о текущихъ событіяхъ и новостяхъ дня, а равно иногородныхъ сообщеній по телеграфу и телефону, хотя бы получаемыхъ отъ собственныхъ корреспондентовъ. Однако: a) иногородніе сообщенія по телеграфу и телефону, снабженныя запретительною оговоркою, не дозволяется воспроизводить въ мѣстныхъ газетахъ въ теченіе 18 часовъ со времени ихъ опубликованія; b) другія статьи періодическихъ изданій могутъ быть перепечатываемы въ тѣхъ случаяхъ, когда по отношенію къ нимъ не послѣдовало воспрещенія автора и при условіи указанія автора и источника заимствованія (ст. 19); c) постоянныя изъ одного и того же изданія перепечатки воспрещаются (ст. 40). Преслѣдованіе противъ правонарушителей открыто какъ для издателя, такъ и для авторовъ въ отношеніи написанной каждымъ изъ нихъ статьи.

Внутренняя защита можетъ быть направлена въ пользу издателя противъ сотрудниковъ, выпускающихъ отдѣльно свою статью, и въ пользу сотрудниковъ противъ издателя, повторяющаго безъ ихъ разрѣшенія изданіе въ цѣломъ. Защита перваго рода дается, напр., германскимъ законодательствомъ, которое запрещаетъ сотрудникамъ выпускать отдѣльно въ теченіе года отъ выхода номера изданія помѣщенную тамъ статью. Наше законодательство этому не препятствуетъ и даетъ авторамъ возможность, помѣщая статью въ газетѣ или журналѣ, выпустить ее отдѣльной брошюрой одновременно. Защита второго рода также не предусматривается нашимъ закономъ, а потому издатель въ правѣ повторить разошедшійся номеръ газеты или журнала сколько угодно разъ, не спрашивая согласія сотрудниковъ и не обязываясь къ соотвѣтственному ихъ вознагражденію.

Возникшее газетное или журнальное предпріятіе составляетъ

имущественное право издателя, способное быть предметомъ возмездныхъ или безмездныхъ сдѣлокъ (кас. рѣш. 1868, № 552). Переходъ права на изданіе отъ одного лица къ другому совершался прежде независимо отъ министерства, которое только увѣдомлялось о совершившемся измѣненіи издателя, безъ права оказать препятствіе сдѣлкѣ. Затѣмъ, въ 1897 году Высочайше утвержденнымъ положеніемъ комитета министровъ было опредѣлено, что передача періодическихъ изданій отъ одного издателя къ другому допустима не иначе, какъ съ разрѣшенія министра внутреннихъ дѣлъ. Это было цѣлымъ вторженіемъ въ сферу гражданскихъ правъ, и Высочайше утвержденнымъ 21 января 1905 года положеніемъ комитета министровъ возстановленъ былъ прежній порядокъ передачи права на періодическія изданія (т. XIV, по Прод. 1906, уст. ценз. ст. 114, прил. ст. 23).

Прекращеніе права на періодическія изданія наступаетъ по двумъ основаніямъ: 1) въ отношеніи отдѣльнаго номера газеты или журнала издатель теряетъ авторское на нихъ право за истеченіемъ 25-тилѣтняго срока со времени появленія ихъ въ свѣтъ (ст. 14); 2) въ отношеніи цѣлаго изданія издатель теряетъ свое право за непоявленіемъ въ теченіе года ни одного номера, такъ какъ вслѣдствіе этого самое изданіе признается прекратившимся (т. XIV, по Прод. 1906, ст. 114, прил. ст. 7), что, однако, не мѣшаетъ ходатайствовать на общихъ основаніяхъ о возобновленіи изданія.

III. Авторское право на художественныя произведенія. Къ числу авторскихъ правъ относится также право на художественныя произведенія, которое состоитъ въ исключительномъ правѣ повторять и размножать произведеніе искусства, все равно относится ли оно къ сферѣ живописи, ваянія или зодчества.

Субъектомъ этого права является художникъ, идеѣ и техникѣ котораго обязано художественное произведеніе своимъ существованіемъ. Наблюдаются нѣкоторыя отличія въ томъ, насколько самъ художникъ способствуетъ реализаціи произведенія искусства. Живописецъ создаетъ картину своимъ трудомъ всецѣло,—ему принадлежитъ какъ идея, такъ и выполненіе. Архитекторъ создаетъ планъ, по которому другіе могутъ выполнить его оформленный замыселъ. Конечно, произведеніе искусства, составляя продуктъ духовнаго творчества, не можетъ быть создано юридическимъ лицомъ. Но юридическое

лицо можетъ быть субъектомъ авторскаго права на художественное произведеніе производнымъ путемъ, потому ли, что оно пріобрѣтетъ право, уже возникшее въ лицѣ художника, или потому, что по договору съ художникомъ, оно пріобрѣтетъ право съ момента его возникновенія, напр., въ случаѣ архитектурнаго плана, исходящаго отъ общества архитекторовъ.

Объектомъ художественнаго права является художественное произведеніе, какъ матеріальная вещь, предназначенная своею формою возбуждать въ зрителѣ чувство красоты. Это можетъ быть картина, написанная масляными красками или акварелью, вышитая нитками или бисеромъ, фигура, вылитая изъ бронзы, вылѣпленная изъ глины, выбитая изъ мрамора, частный домъ, храмъ, обелискъ и т. п. За отсутствіемъ матеріальнаго субстрата не будетъ объектомъ права убранство комнаты, хотя оно можетъ быть художественнымъ продуктомъ декоратора, распредѣленіе живыхъ фигуръ въ балетѣ, сколько бы художественнаго вкуса не оказалось въ сценѣ.

Содержаніе исключительнаго права, принадлежащаго художнику на свое произведеніе, нѣсколько отличается отъ права писателя.

1. Художественное произведеніе, въ противоположность литературному, цѣнно по своему оригиналу. Интересъ художника можетъ быть задѣтъ повтореніемъ его композиціи другимъ художникомъ. Онъ не защищенъ противъ *повторенія* его идеи, но онъ защищается противъ повторенія художественной формы, въ которую онъ облекъ эту идею. Если авторъ терпитъ убытки только при воспроизведеніи его сочиненія въ многочисленныхъ экземплярахъ, то художникъ испытываетъ ущербъ при воспроизведеніи продукта его творчества даже въ единственномъ числѣ. Въ содержаніе права художника входитъ повтореніе художественнаго произведенія всякимъ способомъ, относящимся къ тому же роду искусства, и, притомъ, не только съ подлинника, но и съ копіи (ст. 55). Слѣдовательно, нарушеніемъ права живописца на его картину, написанную масляными красками, будетъ воспроизведеніе ея акварелью, нарушеніемъ права скульптора на высѣченную имъ мраморную фигуру будетъ отливка той же фигуры изъ бронзы. Но не признается нарушеніемъ права изображеніе произведеній живописи средствами ваянія, и, наоборотъ, произведеній ваянія средствами живописи (ст. 56, п. 1). Нарушеніемъ права художника признается воспроизведеніе картины, мраморной или бронзовой фигуры, зданія,

не только по подлиннику, но и по копіи, напр., съ открытки. Однако, законъ дѣлаетъ ограниченія въ этомъ исключительномъ правѣ художника. a) Не считается нарушеніемъ авторскаго права снятіе копіи съ чужого произведенія исключительно для личнаго употребленія и, при томъ, безъ помѣщенія въ копіяхъ художественнаго произведенія подписи или монограммы автора подлинника (ст. 3); b) снятіе копій съ художественнаго произведенія, пріобрѣтеннаго непосредственно отъ художника въ собственность для храмовъ Божіихъ, Императорскихъ дворцовъ, музеевъ, правительственныхъ и общественыхъ установленій, допускается съ разрѣшенія подлежащей власти, и безъ согласія художника (ст. 54). Ни то, ни другое ограниченіе не можетъ быть оправдано, одно—по безконтрольности, второе—по безосновательности. Впрочемъ, второе ограниченіе художникъ легко можетъ устранить, если благоразумно продастъ картину не лично, а черезъ посредника.

2. Художнику принадлежитъ исключительное право на *распространеніе* своего произведенія, съ этою цѣлью размноженнаго (ст. 2 и 55). Слѣдовательно, нарушеніемъ права художника будетъ отпечатаніе его картины всѣми тѣми различными способами, какія даетъ современная техника, съ цѣлью продажи такихъ снимковъ. Однако, и съ этой стороны исключительное право терпитъ ограниченія. a) Не признается нарушеніемъ права воспроизведеніе отдѣльныхъ художественныхъ произведеній въ самостоятельномъ научномъ изслѣдованіи, напр. по исторіи или теоріи искусствъ, или же въ книгѣ, предназначенной для учебныхъ цѣлей, и притомъ исключительно для поясненія текста (ст. 56, п. 2). b) Допускается воспроизведеніе художественныхъ произведеній, находящихся на улицахъ, площадяхъ и въ другихъ публичныхъ мѣстахъ (ст. 56, п. 3). c) Для поощренія промышленности разрѣшается помѣщеніе отдѣльныхъ частей художественнаго произведенія въ издѣліяхъ заводской, фабричной и ремесленной промышленности (ст. 56, п. 4). Такъ какъ въ послѣднемъ случаѣ законъ говоритъ объ отдѣльныхъ частяхъ, то нарушеніемъ права слѣдуетъ признать довольно распространенное у насъ воспроизведеніе на коврахъ фабричнаго издѣлія или на деревянныхъ ящикахъ ремесленнаго производства картинъ русскихъ художниковъ.

Исключительное право художника на воспроизведеніе и распространеніе его произведенія не измѣняется отъ того, что

оно было выполнено по заказу другого лица. Особенность представляютъ портреты и бюсты, исполненные по заказу, а не съ карточки или по памяти. Въ этомъ вопросѣ сталкиваются интересы художника, лица, послужившаго моделью, а иногда и собственника произведенія. Художникъ заинтересованъ въ томъ, чтобы имѣть возможность снять копію или размножить изображеніе популярнаго дѣятеля; лицо изображенное, а послѣ его смерти семья заинтересованы или въ снятіи копіи для распространенія или, наоборотъ, въ запрещеніи повторенія; собственникъ заинтересованъ въ сохраненіи оригинала неповтореннымъ, а можетъ быть въ разрѣшеніи распространить копіи. Нашъ законъ рѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что право повторять, выставлять и издавать портреты и бюсты принадлежитъ лицу, съ котораго написанъ портретъ или сдѣланъ бюстъ, либо его наслѣдникамъ (ст. 52). Законъ упустилъ изъ виду, что право собственности на портретъ или бюстъ можетъ принадлежить не изображенному лицу или его наслѣдникамъ, а третьему лицу. Напр. московскій совѣтъ присяжныхъ повѣренныхъ заказалъ художнику В. А. Сѣрову портретъ С. А. Муромцева, сдѣланный при жизни послѣдняго. Если возникаетъ мысль о продажѣ копій съ этого портрета съ цѣлью составить фондъ имени Муромцева, то трудно допустить, чтобы вопросъ этотъ рѣшался всецѣло согласіемъ наслѣдниковъ Муромцева, безъ согласія не только художника, но и собственника.

Возникновеніе исключительнаго права на художественное произведеніе, по нашему старому законодательству, обусловливалось регистраціей. Художникъ-авторъ обязанъ былъ предъявить свое произведеніе у нотаріуса, а затѣмъ, на основаніи полученнаго удостовѣренія, извѣстить Императорскую Академію Художествъ. Новый законъ этотъ порядокъ отмѣнилъ и, слѣдовательно, право теперь возникаетъ въ силу факта претворенія идеи въ форму.

Отчужденіе права въ художественной области имѣетъ рѣдкое примѣненіе. Во всякомъ случаѣ договоръ долженъ быть облеченъ въ письменную форму. Съ отчужденіемъ исключительнаго права на художественное произведеніе нельзя смѣшивать отчужденіе права собственности на это произведеніе. Законъ, опасаясь такого смѣшенія, счелъ необходимымъ указать, что отчужденіе художникомъ художественнаго произведенія не переноситъ на пріобрѣтателя авторское право на это

произведеніе, если въ договорѣ не упомянуто объ этомъ (ст. 51). Однако, отчужденіе права собственности отражается нѣсколько и на исключительномъ правѣ. Картина, бронза, мраморъ имѣются въ одномъ экземплярѣ. Осуществляя свое право собственности, собственникъ художественнаго произведенія не обязанъ допускать художника къ пользованію этимъ произведеніемъ для повторенія, размноженія или изданія его (ст. 53). Съ другой стороны то же осуществленіе права собственности приводитъ къ возможности, безъ нарушенія исключительнаго права художника, помѣстить его произведеніе на публичной выставкѣ, не испрашивая его согласія (ст. 56, п. 5).

Художникъ защищается противъ нарушеній его права тѣмъ же двоякимъ способомъ, какъ и писатель. Особенностью является только то, что въ искѣ объ отобраніи, подлежащія приведенію въ негодность художественныя произведенія, а равно служащія исключительно для ихъ изготовленія орудія (формы, камни, доски и т. п.) могутъ, по ходатайству правонарушителя и за его счетъ, вмѣсто приведенія въ негодность, быть изъяты изъ пользованія и подвергнуты описи и аресту на срокъ дѣйствія исключительнаго права на эти произведенія (ст. 58). Къ архитектурнымъ произведеніямъ и сооруженнымъ памятникамъ требованіе о приведеніи въ состояніе, негодное къ употребленію, не имѣетъ и вовсе примѣненія.

Право на художественное произведеніе прекращается по истеченіи 50 лѣтъ со времени смерти художника.

IV. Авторское право на музыкальныя произведенія. Исключительное право на музыкальныя произведенія обезпечиваетъ за композиторомъ исключительную возможность распространенія музыкальныхъ произведеній въ печати или инымъ способомъ размноженія, а также публичнаго ихъ исполненія.

Субъектомъ исключительнаго права является композиторъ, которому принадлежитъ музыкальная мысль и который облекъ ее во внѣшнюю форму, хотя бы и не переложилъ на ноты, а только исполнилъ (она могла быть захвачена фонографомъ). Однако, первоначальнымъ субъектомъ права можетъ стать и не композиторъ: такое право принадлежитъ составителю сборника народныхъ пѣсенъ и мелодій (ст. 13). Объектъ исключительнаго права выражается въ опредѣленномъ сочетаніи звуковъ по началамъ ритма и гармоніи, направленномъ къ возбужденію въ слушателяхъ извѣстныхъ представленій и чувствъ.

Содержаніе исключительнаго права на музыкальныя произведенія состоитъ изъ нѣсколькихъ правомочій.

1. Композитору принадлежитъ исключительное право всѣми возможными способами воспроизводить и *распространять* свое сочиненіе (ст. 2). Воспроизведеніе, съ цѣлью распространенія, достигаетъ путемъ печатанія нотъ, и въ этомъ отношеніи музыкальное произведеніе ничѣмъ не отличается отъ литературнаго.

2. Композиторъ имѣетъ право на *переложеніе* своего произведенія, которое соотвѣтствуетъ передѣлкѣ въ литературной области. Эти переложенія могутъ принять различные виды. Таково изданіе сокращеній, извлеченій и попурри изъ его музыкальнаго произведенія; переложеніе его, въ части или въ цѣломъ, на одинъ или нѣсколько голосовъ, на другіе тона, на отдѣльные инструменты или цѣлый оркестръ; переложеніе его на всякаго рода механическія ноты (диски, пластинки, цилиндры и т. п.), предназначенныя для исполненія произведенія посредствомъ граммофоновъ, фонографовъ, піанолъ и тому подобныхъ инструментовъ. Казалось бы, композиторъ, какъ субъектъ исключительнаго права, можетъ освобождать кого угодно отъ лежащаго на всѣхъ запрета. Между тѣмъ законъ устанавливаетъ начало принудительнаго разрѣшенія, руководствуясь будто бы интересами промышленности. Если композиторъ лично или, съ его разрѣшенія, другое лицо воспользовались правомъ переложенія музыкальнаго произведенія на инструменты, воспроизводящіе его механически, для его продажи, то этимъ дается право и всякому другому, имѣющему въ предѣлахъ Россіи механическое для сего заведеніе, требовать отъ композитора уступки и ему такого же права переложенія. Въ случаѣ же отказа композитора промышленное предпріятіе можетъ ходатайствовать передъ судомъ (въ исковомъ порядкѣ?) о предоставленіи ему этого права. Судъ одновременно съ разрѣшеніемъ ходатайства, опредѣляетъ по справедливому усмотрѣнію, и размѣръ причитающагося композитору вознагражденія, а также условія и способъ его осуществленія (ст. 42). Не признается нарушеніемъ авторскаго права на музыкальное произведеніе: а) изданіе варіацій, транскрипцій, фантазій, этюдовъ на цѣлое или часть чужого музыкальнаго произведенія или вообще заимствованіе изъ него, если всѣ эти сочиненія настолько уклоняются отъ оригинала, что должны быть разсматриваемы, какъ новое и самостоятельное музыкаль-

ное произведеніе, b) приведеніе въ изданіяхъ съ учебною или ученою цѣлью, въ видѣ примѣровъ, отдѣльныхъ мѣстъ изданнаго или публично исполненнаго музыкальнаго произведенія (ст. 43).

3. Въ содержаніе исключительнаго права на музыкальныя произведенія входитъ и право разрѣшенія *публичнаго исполненія*, которое въ музыкальной области иногда значительно превосходитъ, по имущественному значенію, право воспроизведенія въ печати. Съ точки зрѣнія права на публичное исполненіе законъ различаетъ музыкально-драматическія и просто музыкальныя произведенія. a) Музыкально-драматическія произведенія, какъ опера, оперетта, балетъ, не могутъ быть исполняемы публично, въ театрѣ, клубѣ, консерваторіи, безъ согласія композитора (ст. 47). b) Музыкальныя произведенія, какъ романсы, ораторіи, симфоніи, не могутъ быть публично исполняемы только при условіи, если композиторомъ на каждомъ экземплярѣ музыкальнаго произведенія указано, что композиторъ оставилъ за собой это право (ст. 48). Публичное исполненіе музыкальнаго произведенія допускается безъ согласія композитора: если исполненіе ни непосредственно, ни косвенно не преслѣдуетъ цѣлей наживы; если исполненіе совершается во время народныхъ празднествъ; если выручка назначена исключительно для благотворительныхъ цѣлей и исполнители вознагражденія не получаютъ (ст. 50).

Весьма нерѣдко музыкальная часть произведенія тѣсно связывается съ дополняющимъ ее словеснымъ текстомъ. Слова, конечно, могутъ быть также произведеніемъ композитора. Но это бываетъ рѣдко. Обыкновенно онъ обращается къ извѣстнымъ литературнымъ произведеніямъ, какъ это чаще всего бываетъ съ романсами, или же входитъ въ соглашеніе съ особымъ лицомъ, составляющимъ текстъ къ его музыкальному произведенію, какъ это происходитъ при сочиненіи оперъ. Законъ предоставляетъ композитору полную свободу использовать для текста напечатанное уже литературное произведеніе. Онъ не въ правѣ только печатать этотъ текстъ отдѣльно отъ музыкальной части, да и то въ концертной программѣ допускается и отдѣльное печатаніе текста (ст. 45). Если же текстъ написанъ по заказу композитора, то между композиторомъ и либретистомъ все же соавторства не образуется: авторское право на музыкальное произведеніе въ цѣломъ его составѣ, принадлежитъ композитору, а за либретистомъ сохраняется право на

отдѣльное изданіе текста (ст. 46). Для публичнаго исполненія музыкальнаго произведенія съ текстомъ достаточно согласія композитора (ст. 49).

§ 32.

Промышленныя права.

Литература: Каупе, *Привилегіи на изобрѣтенія*, 1882; Гурьевъ *О привилегіяхъ на изобрѣтенія; къ реформѣ законодательства*, 1894; Козловъ, *Привилегіи на изобрѣтенія въ ихъ практическомъ значеніи* („Рус. Экон. Обозр.“, 1898, № 3); Колумбусъ, *Фирмы по нашимъ торговымъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1882, № 1), Гольмстенъ, *Охраняется ли право на фирму нашимъ закономъ?* („Юрид. изсл. и ст.“ 1894, ст. 228); Пиленко, *Право изобрѣтателя*, т. I, 1902, т. II, 1903; В. Катковъ, *О привилегіяхъ (патентахъ) на промышленныя изобрѣтенія*, 1902.

Существуетъ рядъ исключительныхъ правъ, установленныхъ въ интересахъ промышленности, производства и торговли. Экономическіе дѣятели проявляютъ личную дѣятельность, признаваемую весьма важною для народнаго хозяйства, но теряющую для нихъ матеріальный интересъ, при полной свободѣ подражанія со стороны другихъ лицъ. Поэтому-то законодатель, соглашая ихъ личные интересы съ интересами общества, запрещаетъ другимъ совершеніе подобныхъ же дѣйствій, насколько они могутъ считаться исходящими отъ тѣхъ, кому предоставлено исключительное право ихъ совершенія.

1. Право на промышленныя изобрѣтенія. Подъ этимъ именемъ понимается *исключительное право осуществленія извѣстнаго новаго промышленнаго изобрѣтенія*. 1) Промышленнымъ изобрѣтеніемъ называется открытіе новыхъ экономическихъ благъ или новыхъ способовъ производства уже извѣстныхъ благъ. Изобрѣтеніе должно представлять выгоду для промышленности; на изобрѣтенія, представляющія научныя открытія и отвлеченныя теоріи, исключительное право не пріобрѣтается. 2) Изобрѣтеніе должно быть новымъ не въ смыслѣ времени, а въ томъ отношеніи, что данное благо или предлагаемый способъ производства не были до того въ общемъ свободномъ пользованіи. 3) Сущность права состоитъ въ исключительной возможности производства открытыхъ благъ и примѣненія изобрѣтенныхъ способовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ никто другой не можетъ производить тѣ же блага или употреблять тѣ же способы. Такое привилегированное положеніе изобрѣ-

тателя даетъ ту экономическую выгоду, которая имѣлась въ виду при созданіи исключительнаго права.

Исключительное право возникаетъ не одновременно съ изобрѣтеніемъ, а стоитъ въ зависимости отъ выполненія нѣкоторыхъ формальностей. Поэтому до этого момента изобрѣтеніе стоитъ внѣ защиты и, если бы кому-нибудь удалось случайно узнать секретъ открытія, то онъ свободно можетъ воспользоваться имъ, не опасаясь преслѣдованія за нарушеніе права. Порядокъ пріобрѣтенія исключительнаго права слѣдующій. Изобрѣтатель подаетъ прошеніе въ министерство торговли и промышленности съ подробнымъ описаніемъ своего изобрѣтенія, а если нужно, то съ рисунками и моделями. Съ удостовѣреніемъ представленнаго прошенія выдается просителю охранительное свидѣтельство, въ которомъ обозначается день и часъ предъявленія. Значеніе выданнаго свидѣтельства состоитъ въ томъ, что съ этого момента начинается право исключительнаго пользованія, конечно, при условіи, если впослѣдствіи за просителемъ признано будетъ право на это изобрѣтеніе. По удостовѣреніи въ томъ, что право на это изобрѣтеніе не было уже признано за другимъ лицомъ, отдѣлъ выдаетъ изобрѣтателю патентъ на привилегію, т.-е. актъ, удостовѣряющій признаніе за нимъ исключительнаго права на данное изобрѣтеніе.

Дѣйствіе выданной привилегіи состоитъ прежде всего въ возможности пользованія изобрѣтеніемъ. Однако, эта возможность соединяется съ обязанностью осуществленія права, потому что иначе выдача привилегіи противорѣчила бы интересамъ промышленности. Получившій привилегію обязанъ, не позже какъ въ теченіе 5 лѣтъ, привести въ дѣйствіе свое изобрѣтеніе. Исключительное право, связанное съ выдачею привилегіи, можетъ подлежать свободному распоряженію со стороны изобрѣтателя. Оно можетъ быть отчуждено возмездно, подарено, завѣщано, оно переходитъ по законному наслѣдованію. Передача права должна быть совершена нотаріальнымъ порядкомъ (т. XI ч. 2 уст. пром., ст. 198[25]), съ сообщеніемъ о томъ министерству торговли и промышленности. Кромѣ отчужденія самаго права, возможно предоставленіе другому лицу по сдѣлкѣ права пользованія изобрѣтеніемъ, съ сохраненіемъ самаго права за изобрѣтателемъ (лиценція).

Дѣйствіе выданной привилегіи прекращается по слѣдующимъ причинамъ. 1) Право на промышленныя изобрѣтенія срочное, оно предоставляется на срокъ не свыше 15 лѣтъ. Поэтому

истеченіе этого срока само собою прекращаетъ силу права. 2) Такъ какъ законъ предоставляетъ исключительное право въ предположеніи, что изобрѣтеніе примѣнено будетъ въ теченіе извѣстнаго срока, то неосуществленіе его (до наступленія 5-лѣтняго срока) также прекращаетъ силу привилегіи. 3) Признавая за извѣстнымъ лицомъ исключительное право, правительство предполагаетъ новость изобрѣтенія и принадлежность его просителю. Опроверженіе этихъ предположеній вполнѣ возможно для каждаго заинтересованнаго лица и, если это обстоятельство будетъ доказано, то привилегія прекращаетъ свое дѣйствіе.

II. Право на фабричные рисунки и модели. Въ близкой связи съ правомъ на промышленныя изобрѣтенія находится право на исключительное пользованіе рисунками и моделями, предназначенными для воспроизведенія въ заводскихъ, фабричныхъ или ремесленныхъ издѣліяхъ. Подъ именемъ фабричнаго рисунка понимается изображеніе на поверхности сочетанія цвѣтовъ и узоровъ издѣлій, напр., для матерій, ковровъ, обоевъ. Моделью же называется изображеніе формы изготовляемыхъ издѣлій, какъ, напр., вазъ, чернильницъ и т. п.

Право на фабричные рисунки и модели пріобрѣтается изобрѣтателемъ ихъ. Въ дѣйствительности подобныя изобрѣтенія производятся особыми рабочими, состоящими при фабрикѣ. Такъ какъ, по договору найма съ фабрикантами, они обязались предоставить свой трудъ въ его распоряженіе, а самый трудъ ихъ состоитъ въ изготовленіи рисунковъ и моделей, то право на послѣднее, производнымъ путемъ, устанавливается въ лицѣ фабриканта, а не рабочихъ (т. XI ч. 2, уст. пром., ст. 199, прим. 2).

Разсматриваемое право пріобрѣтается не вслѣдствіе созданія рисунковъ или модели, а въ силу признанія права на нихъ со стороны правительства. Для этого необходимо подать прошеніе въ министерство торговли и промышленности, гдѣ изслѣдуется вопросъ о новизнѣ и принадлежности изобрѣтенія. Съ этого времнеи проситель пріобрѣтаетъ исключительное право на примѣненіе изобрѣтенныхъ рисунковъ и моделей, и право отчужденія ихъ другимъ лицамъ дарственнымъ или возмезднымъ способами. Для передачи права не установлена форма, но требуется сообщеніе министерству торговли (ст. 206).

Право на рисунки или модели прекращается: 1) съ истеченіемъ срока, на который оно было предоставлено, во всякомъ случаѣ не долѣе 15 лѣтъ, 2) съ опроверженіемъ правильности предоставленія данному лицу исключительнаго права (ст. 203).

III. Право на фирму. Фирма есть названіе торговаго предпріятія, а право на фирму есть исключительное право производства или сбыта извѣстныхъ товаровъ отъ имени даннаго предпріятія, подъ данною фирмою. Такъ какъ извѣстное предпріятіе, благодаря достоинству своихъ товаровъ, пріобрѣло значительный кругъ потребителей, то для другихъ представляется искушеніе воспользоваться чужою фирмою, чтобы отвлечь вниманіе покупателей. Здѣсь-то законъ принимаетъ подъ свою защиту интересъ предпріятія и запрещаетъ всѣмъ другимъ употреблять ту же фирму. Это достигается мѣрами предупредительными и карательными.

Выборъ фирмы не предоставленъ полной свободѣ предпринимателя. При возникновеніи торговаго предпріятія соблюдается принципъ истинности, т.-е. требуется соотвѣтствіе фирмы съ гражданскимъ именемъ, съ фамиліею торговца. Купецъ, торгующій единолично, можетъ дать своему предпріятію фирму, однозначную съ его фамиліей. Полное товарищество ставитъ имена или всѣхъ товарищей, или только нѣкоторыхъ, съ присоединеніемъ указанія на соединеніе (и К°). Товарищество на вѣрѣ можетъ въ своей фирмѣ указать имена всѣхъ или нѣкоторыхъ товарищей, но не вкладчиковъ. Наконецъ, акціонерное товарищество не въ правѣ вовсе давать своей фирмѣ фамилію кого-либо изъ акціонеровъ, а должно изобрѣсти какое-нибудь иное названіе, напр., «Самолетъ» (т. X ч. 1 ст. 2148). На Западѣ, въ нѣкоторыхъ государствахъ, предупрежденіе совпаденія фирмъ достигается посредствомъ регистраціи внесенія фирмъ въ регистръ съ тѣмъ, чтобы не допускалось повтореніе одинаковыхъ. У насъ подобной регистраціи не существуетъ. Начало истинности, необходимое при отчужденіи предпріятія, можетъ быть нарушено при перемѣнѣ субъекта права на него, потому что иначе строгое проведеніе указаннаго начала могло бы повести къ обезцѣненію предпріятія, которое потеряло своего перваго хозяина.

Если у насъ не установлены предупредительныя мѣры, то существуетъ все же судебная защита права на фирму. Эта охрана основывается не столько на законодательствѣ, которое лишь вскользь упоминаетъ о фирмѣ, сколько на обычномъ правѣ. Каждый предприниматель, фирмою котораго пользуется другой, можетъ требовать передъ судомъ возмѣщенія ему убытковъ, причиненныхъ такими дѣйствіями (т. X ч. 1 ст. 684).

IV. Право на товарный знакъ. Подъ именемъ товарнаго знака понимается тотъ знакъ, которымъ торговецъ отмѣчаетъ свои товары въ отличіе отъ товаровъ другихъ лицъ. Этотъ знакъ налагается или производителемъ при выпускѣ его продуктовъ, или купцомъ при переходѣ продуктовъ черезъ его руки. Чѣмъ большую извѣстность пріобрѣтаетъ данный знакъ среди публики, тѣмъ большее искушеніе для другихъ торговцевъ заимствовать этотъ знакъ и тѣмъ большая потребность въ защитѣ. Для охраны этого интереса изданъ 26 февраля 1896 года законъ о товарныхъ знакахъ.

Употребленіе товарныхъ знаковъ вообще не обязательно, за исключеніемъ тѣхъ случаетъ, гдѣ оно установлено особенно правилами: для издѣлій изъ золота и серебра, для ремесленныхъ издѣлій. Желающій воспользоваться охраною товарнаго знака, долженъ заявить этотъ знакъ министерству торговли и промышленности. Заявляемый знакъ долженъ содержать въ себѣ указаніе имени и фамиліи владѣльца предпріятія; фигурное изображеніе можетъ дополнить это указаніе, но не обязательно. Въ министерствѣ ведется особый альбомъ всѣхъ товарныхъ знаковъ, который открытъ для интересующихся. Если будетъ удостовѣрено, что заявленный знакъ достаточно отличается отъ заявленныхъ ранѣе и не противорѣчитъ требованіямъ закона относительно его содержанія, то торговцу выдается свидѣтельство, о которомъ дѣлается публикація. Право на товарный знакъ пріобрѣтается на срокъ не выше 10 лѣтъ.

Пріобрѣтенное право предоставляетъ исключительное пользованіе товарнымъ знакомъ посредствомъ выставленія его на товарахъ, на упаковкѣ или посудѣ, а также на коммерческихъ объявленіяхъ, прейскурантахъ, бланкахъ. Право на товарный знакъ можетъ быть передано другому лицу, но не иначе какъ въ случаѣ отчужденія или отдачи въ аренду самаго предпріятія съ сохраненіемъ фирмы.

Исключительное право на товарный знакъ прекращается 1) съ прекращеніемъ самаго предпріятія, 2) за невозобновленіемъ свидѣтельства, 3) вслѣдствіе несообщенія министерству о состоявшейся уступкѣ права другому лицу.

V. Право на фотографическія произведенія. Если не считать слабаго намека, сдѣланнаго въ ст. 1185 т. X, ч. 1 относительно фотографіи, какъ вида художественной собственности, то надо признать, что наше законодательство до послѣдняго времени совершенно игнорировало эту отрасль

промышленности, получающую все большее развитіе. Только законъ 20 марта 1911 года, въ связи съ авторскимъ правомъ, но въ то же время и подчеркивая отличіе, далъ впервые частно-правовое опредѣленіе фотографическаго дѣла.

Субъектомъ права на фотографическія произведенія окажется въ рѣдкомъ случаѣ художникъ, въ самомъ частомъ случаѣ—промышленное предпріятіе, почему этотъ видъ исключительнаго права и слѣдуетъ отнести къ промышленнымъ, а не къ авторскимъ правамъ. Объектъ права—фотографическое произведеніе, и вообще всякое произведеніе, подобное фотографіи (ст. 1 п. 1 и ст. 64). Сюда, слѣдовательно, включаются различные виды воспроизведенія химически-механическимъ способомъ, какъ цинкографія, хромолитографія и т. п.

Содержаніе права выражается въ исключительной возможности повторенія, размноженія и изданія фотографическаго произведенія свѣтописнымъ, механическимъ, химическимъ или инымъ подобнымъ способомъ (ст. 59). Отсюда слѣдуетъ, что законъ не запрещаетъ повторенія фотографіи иными способами, напр., въ видѣ картины, писанными масляными красками съ цвѣтной фотографіи. Законъ имѣетъ въ виду промышленную конкуренцію, а не на почвѣ художественнаго творчества. Право фотографа воспроизводить и распространять снимки встрѣчаетъ въ законѣ нѣкоторыя ограниченія. 1) Съ одной стороны въ отношеніи портретовъ и другихъ фотографій, исполненныхъ по заказу, фотографъ лишенъ права повторенія и распространенія, которое принадлежитъ всецѣло лицу, сдѣлавшему заказъ (ст. 59). Это ограниченіе еще въ большей степени должно бы относиться къ портретамъ, потому что возможны случаи, когда фотографъ произведетъ снимки безъ заказа и даже противъ воли снятаго лица. Но законъ имѣетъ въ виду только заказы. 2) Съ другой стороны не признается нарушеніемъ права и допускается каждому: a) снятіе копіи для личнаго употребленія, b) воспроизведеніе въ самостоятельномъ научномъ изслѣдованіи или же въ книгѣ, предназначенной для учебныхъ цѣлей и притомъ исключительно для поясненія текста, c) воспроизведеніе, хотя бы цѣликомъ (а не только въ отдѣльныхъ частяхъ), въ издѣліяхъ промышленности заводской, фабричной и ремесленной; d) помѣщеніе фотографическаго произведенія на публичной выставкѣ (ст. 62).

Возникновеніе разсматриваемаго права обусловливается нѣкоторыми формальностями. Мало того, что фотографическій

снимокъ принадлежитъ данному лицу. Для пріобрѣтенія исключительнаго права на фотографическія изображенія требуется означеніе на каждомъ экземплярѣ: a) фирмы или имени и фамиліи, мѣста жительства фотографа или издателя фотографіи, b) года выпуска въ свѣтъ фотографическаго произведенія (ст. 60).

Въ противоположность праву на художественныя произведенія, которое сохраняется въ теченіе всей жизни художника и продолжается нѣкоторое время послѣ того, право на фотографическія произведенія ограничивается 10 годами со времени появленія въ свѣтъ произведенія. Этотъ срокъ увеличивается до 25 лѣтъ, если фотографическія произведенія изданы въ видѣ сборниковъ или серій эскизовъ, представляющихъ самостоятельный художественный, историческій или научный интересъ (ст. 61). Въ предѣлахъ указаннаго срока право фотографа способно переходить къ право-преемникамъ, по договору, завѣщанію или законному наслѣдованію.

Право на фотографическія принадлежности защищается въ уголовномъ и гражданскомъ порядкѣ. Гражданская защита направляется: a) на возмѣщеніе причиненныхъ убытковъ, опредѣляемыхъ по справедливому усмотрѣнію суда, и b) на отобраніе и уничтоженіе орудій правонарушенія (ст. 63).

VI. Граммофоны и кинематографы. Въ послѣднее время наблюдается сильное развитіе того и другого промысла. Граммофоны распространились по самымъ глухимъ уголкамъ страны. Кинематографы, составляя любимое зрѣлище широкихъ массъ, вызвали рядъ крупныхъ предпріятій, занятыхъ постановкою сценъ и изготовленіемъ лентъ. До послѣдняго времени промыселъ этихъ предпріятій оставался совершенно внѣ юридической нормировки. Только законъ 20 марта 1911 года объ авторскомъ правѣ коснулся этого вопроса отчасти прямо, отчасти косвеннымъ путемъ.

1. Воспроизведеніе музыкальныхъ произведеній въ граммофонахъ охраняется двоякимъ порядкомъ отъ нарушенія правъ заинтересованныхъ лицъ. a) Прежде всего защищается композиторъ противъ переложенія его произведенія на всякаго рода механическія ноты (диски, пластинки, цилиндры и т. п.), предназначенныя для исполненія произведенія посредствомъ граммофоновъ, фонографовъ, піанолъ и тому подобныхъ инструментовъ (ст. 42). Безъ разрѣшенія композитора механическое предпріятіе не въ правѣ дѣлать такія переложенія. Однако,

если композиторъ далъ разрѣшеніе одному, то тѣмъ, по нашему закону, дается право и всякому другому на такое переложеніе. b) Съ другой стороны защищается фабрикантъ противъ переложенія иными фабрикантами съ его механическихъ нотъ. Воспроизведеніе, безъ согласія фабриканта, механическихъ нотъ (дисковъ, пластинокъ, цилиндровъ и т. п.), предназначенныхъ для исполненія произведенія посредствомъ граммофоновъ, фонографовъ, піанолъ и тому подобныхъ инструментовъ, если на этихъ нотахъ означены фирма или имя и фамилія фабриканта,—воспрещено. Самовольно издавшій механическія ноты обязанъ вознаградить потерпѣвшаго за весь причиненный ему убытокъ. Размѣръ вознагражденія устанавливается судомъ, по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, по справедливому усмотрѣнію (законъ 20 марта 1911, отд. X).

2. О кинематографахъ законъ ничего не говоритъ. Но по существу своему, кинематографическая лента представляетъ собой рядъ смѣняющихся фотографическихъ снимковъ, а потому на нее должны распространяться правила, опредѣляющія право на фотографическое произведеніе (ст. 64). Съ кинематографомъ соединены юридическіе вопросы двоякаго рода. a) Защита автора литературнаго произведенія противъ переложенія на кинематографъ—ничѣмъ не обезпечивается, такъ какъ нельзя сказать, что здѣсь имѣется переложеніе повѣствовательнаго произведенія въ драматическое (ст. 31). Однако, драматическое произведеніе, повторенное кинематографомъ со сценическаго исполненія и соединенное съ граммофономъ (хромонегафонъ), подпадаетъ подъ запрещеніе публичнаго исполненія произведенія безъ согласія автора (ст. 47). b) Защита фабриканта кинематографическихъ лентъ противъ другихъ фабрикантовъ, виновныхъ въ воспроизведеніи ленты обезпечивается запрещеніемъ повторенія фотографическихъ произведеній (ст. 59). Однако, это относится къ воспроизведенію ленты, а не сюжета, хотя бы онъ былъ спеціально поставленъ предпріятіемъ съ большими затратами.

ОТДѢЛЪ III.

Обязательственное право.

§ 33.

Понятіе объ обязательствѣ.

Литература: Баронъ, *Система римскаго гражданскаго права*, 1900; Дернбургъ, *Пандекты*, т. 2, *Обязательственное право*, перев. 1900; Савиньи, *Обязательственное право*, 1875; Пассекъ, *Неимущественный интересъ въ обязательствѣ*, 1894; Петражицкій, *Возмѣщеніе имущественнаго вреда съ точки зрѣнія соціальной политики* („Право“, 1900) № 11, 12, 15, 16); Бѣляцкинъ, *Возмѣщеніе моральнаго (неимущественнаго, интереса* (Право; 1911, №№ 29, 31, 32); Винаверъ, *Неимущественный интересъ въ обязательствѣ* (Изъ областики цивилистики 1908, стр. 231—239); Полетаевъ, *Возникновеніе обязательствъ* („Ж. Спб. Юр. Общ.“ 1898, № 7).

I. Юридическая природа обязательства. Подъ именемъ обязательства понимается такое *юридическое отношеніе, изъ котораго обнаруживается право одного лица на извѣстное дѣйствіе другого опредѣленнаго лица.* Самое слово «обязательство» употребляется въ различныхъ значеніяхъ: a) въ смыслѣ обязанности пассивнаго субъекта, напр. т., X ч. 1 ст. 1548; b) въ смыслѣ права активнаго субъекта, напр. т. X ч. 1 ст. 418; c) въ смыслѣ всего юридическаго отношенія, напр., т. X ч. 1 ст. 533[8], и d) въ смыслѣ акта, удостовѣряющаго существованіе подобнаго отношенія, напр., т. X ч. 1 ст. 220. Наиболѣе соотвѣтствующимъ истинному значенію является употребленіе этого выраженія въ смыслѣ отношенія, какъ бы обвязывающаго (vinculum juris) участвующихъ въ немъ лицъ; отсюда старинный обрядъ связыванія рукъ договаривающихся, отсюда выраженіе «суплетка», употребляемое Псковскою Судною Грамотою (ст. 103), для обозначенія обязатель-

ства, которымъ стороны сплетаются. Ближайшее разсмотрѣніе выставленнаго опредѣленія обнаруживаетъ слѣдующіе существенные признаки.

а. Въ противоположность вещному правоотношенію, въ которомъ праву активнаго субъекта соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ вообще гражданъ, безъ болѣе точнаго обозначенія участниковъ, въ обязательственномъ правоотношеніи устанавливается полная *опредѣленность лицъ*, участвующихъ въ немъ. Отношеніе существуетъ только между извѣстными лицами и не касается всѣхъ прочихъ согражданъ. Эти лица, субъекты отношенія, носятъ спеціальныя названія. Активный субъектъ называется вѣрителемъ или кредиторомъ, потому что онъ вѣритъ исполнительности пассивнаго субъекта, который называется должникомъ, потому что онъ долженъ исполнить то, къ чему обязываетъ его установленное отношеніе. Въ отдѣльныхъ договорахъ субъектамъ обязательственнаго отношенія присваиваются еще спеціальныя наименованія: продавецъ, покупщикъ, наниматель, товарищъ, страхователь, подрядчикъ и т. п.

b. Объектомъ обязательственнаго правоотношенія является *дѣйствіе*, которое въ то же время составляетъ и содержаніе обязательства. Дѣйствіе предполагаетъ точную опредѣленность его, настолько, чтобы при исполненіи обязательства не могло возникнуть сомнѣніе относительно того, что̀ долженъ сдѣлать должникъ. Дѣйствіе, составляющее объектъ обязательства, состоитъ: 1) въ передачѣ отъ одного лица другому вещи въ собственность, напр., купля-продажа, дареніе, или 2) въ предоставленіи одному лицу пользованія вещью, принадлежащею другому, напр., ссуда, наемъ имущественный, или 3) въ совершеніи однимъ лицомъ личныхъ услугъ въ пользу другого, напр., личный наемъ, довѣренность, или 4) въ воздержаніи отъ тѣхъ дѣйствій, исключительное право совершенія которыхъ принадлежитъ должнику, напр., издательскій договоръ. Во всякомъ случаѣ въ основѣ обязательственныхъ правъ лежатъ вещныя, исключительныя или личныя права.

Дѣйствіе, составляющее объектъ обязательства, можетъ быть положительнаго или отрицательнаго характера, при чемъ дѣйствія перваго рода имѣютъ преобладающее значеніе. Подведеніе подъ понятіе «дѣйствіе» воздержанія не составляетъ противорѣчія; воздержаніе не есть бездѣйствіе,—это не отсутствіе воли, направленной на опредѣленный результатъ, а напротивъ, наличность такой воли. Примѣромъ обязательства съ отрица-

тельнымъ содержаніемъ можетъ служить договоръ о томъ, чтобы одно лицо однородною торговлею не подрывало дѣла другого, или договоръ издательскій, въ силу котораго авторъ, уступая издателю право изданія, обязывается не издавать самъ своего сочиненія, хотя бы и со значительно измѣненнымъ содержаніемъ, но подъ тѣмъ же заглавіемъ.

Дѣйствіе, составляющее объектъ обязательства, можетъ быть одновременнымъ, многократнымъ или длящимся. Оно выполняется сразу, напр., при передачѣ проданной опредѣленной вещи; оно повторяется много разъ, напр. при поставкѣ дровъ въ казенное учрежденіе или при взносахъ наемной платы; оно будетъ длящимся, если продолжается все время, напр., храненіе чужой вещи по договору поклажи, а также при всѣхъ дѣйствіяхъ отрицательнаго характера.

с. Въ силу обязательства, активный субъектъ пріобрѣтаетъ *право на дѣйствіе* со стороны пассивнаго субъекта, а не право надъ его лицомъ (Регельсбергеръ) или на его волю (Кунтце). Право надъ лицомъ означало бы стѣсненіе его свободы, а это приближало бы его къ положенію раба, а отношеніе—къ вещному. Право на волю другого лица невозможно, потому что воля, по своей независимости, не можетъ быть объектомъ права. Къ чему бы ни было обязано извѣстное лицо, какими бы тяжелыми послѣдствіями ни угрожало ему неисполненіе, но воля его всегда способна уклониться въ противоположную сторону, а съ тѣмъ вмѣстѣ утратится объектъ обязательства. Такъ какъ активный субъектъ имѣетъ право на дѣйствіе пассивнаго субъекта, а не на его личность или волю, то онъ не можетъ вынуждать исполненіе при помощи собственныхъ силъ или при содѣйствіи правительственныхъ органовъ. Онъ имѣетъ только право требовать отъ должника исполненія, съ угрозою взыскать, со всего его имущества, цѣнность неосуществленнаго интереса. Поэтому нельзя силою отнять у продавца проданную вещь, пока она не была передана, т.-е. пока покупщикъ не пріобрѣлъ вещнаго права, нельзя силою заставить выполнять условленныя работы по договору личнаго найма. Между тѣмъ въ практикѣ парижскаго суда имѣлъ мѣсто однажды такой случай. Артистъ по контракту съ антрепренеромъ одного театра обѣщался не участвовать на сценахъ другихъ театровъ Парижа, но, вопреки обѣщанію, неоднократно участвовалъ въ спектакляхъ другихъ театровъ. По требованію антрепренера, признанному судомъ, артистъ во время самаго спектакля былъ на-

сильно удаленъ изъ театра, на сценѣ котораго игралъ. Рѣшеніе это безусловно неправильно и встрѣтило протестъ со стороны французскихъ юристовъ.

И нашему законодательству не чуждо такое неправильное воззрѣніе. Какъ мы уже видѣли, законъ предполагаетъ возможность принудительнаго исполненія договора купли-продажи на той и другой сторонѣ, т.-е. допускаетъ возможность отнять проданную вещь силою у продавца и вынудить покупщика къ принятію вещи: невозможность въ дѣйствительности принудить покупщика указываетъ съ очевидностью на ложность принципа, а слѣдовательно приводитъ къ признанію невозможности насильственно отнять вещь у продавца (если только мы признаемъ, что вещное право переходитъ не по соглашенію, а по передачѣ). Въ законодательствѣ нашемъ, въ видѣ общаго начала, указано, что всякій договоръ и всякое обязательство, въ случаѣ неисполненія, производятъ право требовать отъ лица обязавшагося удовлетворенія во всемъ, что въ нихъ постановлено (т. X ч. 1 ст. 570). Если статья эта подала поводъ къ тому выводу, будто всякое дѣйствіе, составляющее предметъ обязательства, можетъ быть вынуждено въ натурѣ, то это объясняется только неправильнымъ пониманіемъ ея смысла. Во-первыхъ, статья эта разсчитана на случай неисполненія условленнаго и только «въ случаѣ неисполненія» возникаетъ право требовать удовлетворенія: значитъ право требовать исполненія превращается въ право требовать удовлетворенія. Во-вторыхъ, законъ явно подчеркиваетъ различіе между «исполненіемъ» и «удовлетвореніемъ» замѣняющимъ первое: значитъ удовлетвореніе не есть настаиваніе на исполненіи условленнаго. Приведенная сейчасъ статья имѣетъ тотъ смыслъ, что каждый активный субъектъ обязательства, въ случаѣ уклоненія пассивнаго субъекта отъ исполненія условленнаго дѣйствія, въ правѣ требовать осуществленія имущественнаго интереса, соединеннаго съ обязательствомъ, за счетъ всего имущества должника. Та же мысль выражена въ положеніи, установленномъ практикою, что судъ въ правѣ предписать совершеніе дѣйствій за счетъ отвѣтчика, но не въ правѣ принудить самого отвѣтчика къ исполненію дѣйствій (кас. рѣш. 1873, № 217), хотя самъ Сенатъ далеко не послѣдовательно проводитъ это начало (см., напр., кас. рѣш. 1889, № 43).

Такъ какъ объектомъ обязательства является дѣйствіе пассивнаго субъекта, а не лицо его и не воля, то индивидуаль-

ность обязательства имѣетъ настолько лишь значеніе, насколько интересъ, соединенный съ исполненіемъ даннаго дѣйствія, зависитъ отъ личныхъ качествъ исполняющаго. При безразличіи этой стороны вопроса дѣйствіе можетъ быть выполнено каждымъ. Такъ, напр., долгъ можетъ быть уплаченъ всякимъ лицомъ, а не только должникомъ, потому что объектомъ права является платежъ денегъ, а не самъ должникъ и не его воля; но, напр., обязанность довѣреннаго не можетъ быть выполнена другимъ, потому что объектомъ права являются услуги даннаго лица, обусловленныя его опытомъ, знаніемъ, добросовѣстностью и иными личными его качествами.

d. Юридическое отношеніе, принуждающее одно лицо къ совершенію дѣйствія въ пользу другого, предполагаетъ у послѣдняго *наличность интереса* въ выполненіи этого акта. Гдѣ нѣтъ такого интереса или гдѣ онъ прекратился, хотя и былъ въ началѣ, тамъ нѣтъ обязательства или съ того времени оно прекращается, хотя до этого момента имѣло полную силу. Такъ, напр., по договору лицо обязывается не вести однородной торговли во избѣжаніе конкуренціи, но если то лицо, въ пользу котораго установлено подобное ограниченіе, само прекращаетъ свою торговлю, то прекращается опасность вредныхъ послѣдствій конкуренціи, утрачивается интересъ обязательства, и обязанная сторона освобождается; или, напр., авторъ до истеченія 5 лѣтъ со времени заключенія договора съ издателемъ не въ правѣ повторять своего изданія, но если черезъ годъ по выходѣ книги въ свѣтъ она вся разошлась, то для издателя нѣтъ никакого интереса запрещать автору приступить къ новому изданію, а потому авторъ освобождается отъ своей обязанности.

Спорнымъ представляется вопросъ, долженъ ли интересъ обязательства быть имущественнымъ или нѣтъ, можетъ ли предметомъ обязательства быть дѣйствіе, интересъ котораго не поддается денежной оцѣнкѣ? Нѣкоторые ученые стараются доказать возможность неимущественнаго интереса въ обязательственныхъ отношеніяхъ, и практика нѣкоторыхъ странъ даетъ достаточный матеріалъ для подобныхъ заключеній. Сосѣдъ по квартирѣ обязываетъ договоромъ сосѣда не нарушать его покоя музыкою въ тѣ часы, когда онъ дома (Виндшейдъ). Какъ осуществить право, если сосѣдъ нарушаетъ свою обязанность и продолжаетъ изводить сосѣда своимъ искусствомъ? По случаю выставки въ извѣстномъ городѣ, предполагается въ немъ

большой съѣздъ. Поэтому собирающійся посѣтить выставку заранѣе письмомъ условливается съ хозяиномъ гостиницы о наймѣ на извѣстные дни помѣщенія. По пріѣздѣ въ городъ оказывается, что помѣщеніе сдано другому, что во всемъ городѣ нѣтъ свободныхъ номеровъ, такъ что пріѣзжій долженъ былъ цѣлую ночь, въ дождливую погоду, безплодно пространствовать по городу съ тѣмъ, чтобы вернуться на вокзалъ (Іерингъ). Какимъ образомъ, въ гражданскомъ порядкѣ искать съ хозяина гостиницы выполненія имъ обязанности? Младшій братъ даетъ старшему обязательство никогда не играть въ карты (Козакъ). Интересно было бы знать, что̀ сдѣлаетъ въ этомъ случаѣ кредиторъ, если узнаетъ, что его должникъ нарушаетъ договоръ?

Со стороны активнаго субъекта благоразумно было бы подобные договоры связывать съ неустойкою, чѣмъ обязательству приданъ былъ бы имущественный интересъ (Сенатъ высказалъ весьма рискованное положеніе, будто неустойкою можно обезпечивать только обязательства, имѣющія имущественный интересъ, кас. рѣш. 1903, № 83). Но если этого не сдѣлано, то нѣтъ никакой возможности признать юридическую силу за подобными обязательствами. Испытанныя отъ неисполненія обязательствъ непріятности останутся безъ всякаго возмѣщенія, и нѣтъ гражданскихъ средствъ побудить пассивнаго субъекта къ выполненію принятыхъ имъ на себя обязанностей.

Нельзя допустить обязательствъ съ неимущественнымъ интересомъ не потому, что они носятъ личный характеръ, такъ какъ мы уже отнесли къ гражданскому праву личныя отношенія, устанавливаемыя семейнымъ союзомъ. Такому допущенію противится природа обязательственныхъ отношеній. Объектомъ правъ по обязательству признается чужое дѣйствіе. Но дѣйствія лицъ не вынуждаемы, а потому, чтобы сохранить юридическій характеръ за обязанностями, соотвѣтствующими правамъ требованія, необходимо придать имъ санкцію, каковою можетъ быть только принудительное осуществленіе интереса въ имуществѣ уклоняющагося отъ исполненія. Если онъ не хочетъ исполнить, то дѣйствіе можетъ быть исполнено другимъ или вовсе не будетъ исполнено, но за тотъ имущественный ущербъ, который понесъ субъектъ права, вслѣдствіе обращенія къ другому или вслѣдствіе полнаго неисполненія услуги, должно отвѣчать имущество виновника. Какова же можетъ

быть санкція тѣхъ обязанностей, которыя не способны быть выражены въ денежномъ эквивалентѣ? Лишить ихъ совершенно санкціи—значитъ исключить такія отношенія изъ круга юридическихъ. Нѣкоторые, основываясь на судебной практикѣ Франціи, а въ особенности Англіи, указываютъ на существованіе подобной санкціи въ тѣхъ громадныхъ штрафахъ, которыми суды этихъ странъ облагаютъ лицъ, уклоняющихся отъ исполненія неимущественныхъ обязательствъ. Но здѣсь утрачивается принципъ гражданскаго права, который допускаетъ возмѣщеніе ущерба въ смыслѣ соотвѣтствія между неосуществленнымъ интересомъ и денежнымъ вознагражденіемъ. Какое же соотвѣтствіе между непріятностями, испытанными лицомъ, которому не оставлено было въ городѣ обѣщанное помѣщеніе, или лицомъ, которое страдаетъ физически и душевно отъ игры сосѣда, и тою денежною суммою, которую имъ предлагаютъ? Отсутствіе дѣйствительнаго соотвѣтствія ведетъ, далѣе, къ полной невозможности опредѣлить какими-либо данными величину вознагражденія. За то, что касса театра не оставила мнѣ билета на интересный спектакль, судъ съ одинаковымъ успѣхомъ можетъ присудить въ мою пользу какъ 1 рубль, такъ и 100.000 рублей. Извозчикъ опрокинулъ въ Парижѣ велосипедистку-англичанку, которая предъявила къ виновнику требованіе объ удовлетвореніи, основанное на слѣдующемъ разсчетѣ: врачебная помощь 100 фр., разорванное платье 50 фр., починка велосипеда—150 фр., потраченное время—25 фр., понесенное безпокойство—25.000 фр. Ни одинъ судья не въ состояніи опредѣлить, правильно или нѣтъ оцѣнила потерпѣвшая свое безпокойство. Педагогъ и комментаторъ древнихъ классиковъ, издатель иллюстрированныхъ пособій, г. М. лѣтомъ 1911 г. на одной изъ новодеревенскихъ улицъ, въ Петербургѣ, подвергся нападенію обезьяны, которая соскочила на него съ дерева и искусала. Оказалось, что обезьяна только что сбѣжала отъ генеральши Чичаговой. М. исчисляетъ свой искъ слѣдующимъ образомъ: 500 р. за леченіе; издательская дѣятельность приноситъ ему 22.000 р. въ годъ, а такъ какъ леченіе продолжалось 21 день, то за это время онъ взыскиваетъ отдѣльно 1.259 р. 11 к.; въ-3-хъ, онъ, г. М., обожаетъ музыку и увлекался игрой на роялѣ, и такъ какъ обезьяна повредила ему средній палецъ лѣвой руки, то онъ лишенъ возможности доставлять себѣ эстетическое наслажденіе собственной игрой и поэтому нуждается въ пріобрѣте-

ніи фонолы, стоящей 750 р. Въ состояніи ли судъ дать денежную оцѣнку эстетическимъ эмоціямъ? Напрасно сторонники разбираемаго взгляда указываютъ на подобный же произволъ при опредѣленіи денежнаго штрафа, налагаемаго въ уголовномъ порядкѣ. Такого произвола, который дѣйствительно существовалъ въ старомъ уголовномъ правѣ, въ настоящее время нѣтъ, такъ какъ произволъ суда всюду поставленъ въ болѣе или менѣе узкія границы,—ему указывается предѣльная величина внизъ и вверхъ, и передвиженіе по этой линіи поставлено также въ зависимость отъ нѣкоторыхъ законныхъ условій, тогда какъ въ гражданскихъ штрафахъ никакихъ границъ нѣтъ. При томъ такое колебаніе въ степени наказанія сообразуется со степенью виновности подсудимаго, а для величины вознагражденія за неимущественный интересъ нѣтъ подобной мѣрки.

II. Основаніе обязательства. Для возникновенія обязательственнаго отношенія необходимъ юридическій фактъ, съ наступленіемъ котораго законъ связывалъ бы такое послѣдствіе. Сведенные въ извѣстныя группы, эти факты носятъ названіе источниковъ обязательства. На римскомъ правѣ выработалась слѣдующая классификація источниковъ, способныхъ основать обязательственное отношеніе: 1) договоръ, 2) какъ бы договоръ, 3) правонарушеніе, 4) какъ бы правонарушеніе, 5) всѣ прочіе факты, не подходящіе ни подъ одну изъ указанныхъ категорій. Этой системы и до сихъ поръ придерживается итальянское законодательство (§ 1097). Такая классификація не можетъ быть названа научной. Какъ справедливо замѣтилъ Баронъ, выраженія «какъ бы договоръ» или «какъ бы правонарушеніе» вовсе не указываютъ, каково основаніе происхожденія этихъ обязательствъ; они указываютъ лишь на то, что должникъ по какъ бы договору долженъ обсуждаться такъ, какъ должникъ по договору; должникъ по какъ бы правонарушенію—подобно должнику по правонарушенію,—но и только. Поэтому изъ всѣхъ указанныхъ въ римскомъ правѣ основаній могутъ быть удержаны только два: договоръ и правонарушеніе. Но договоръ составляетъ видъ юридической сдѣлки, которой и другія формы способны установить обязательственное отношеніе, напр., завѣщаніе, одностороннее обѣщаніе. Поэтому, расширяя римскую классификацію, мы находимъ два источника обязательствъ: юридическая сдѣлка и правонарушеніе.

Далѣе существуетъ рядъ юридическихъ фактовъ, не подхо-

дящихъ ни подъ понятіе о договорѣ, ни подъ понятіе о правонарушеніи, съ которыми, тѣмъ не менѣе, законъ, въ интересахъ цѣлесообразности, соединяетъ возникновеніе обязательства. Во всѣхъ такихъ случаяхъ нѣтъ ни соглашенія двухъ или болѣе лицъ, какъ въ договорѣ, нѣтъ и незаконнаго дѣйствія, нарушающаго интересы другого лица, какъ въ правонарушеніи, а есть только воля законодателя. Поэтому нерѣдко прямымъ источникомъ обязательства признаютъ законъ. Однако, основаніемъ обязательства можетъ быть только юридическій фактъ, но не законъ, который и не можетъ быть поставленъ на одну линію съ юридическою сдѣлкою и правонарушеніемъ. Законъ составляетъ общее основаніе всѣхъ юридическихъ отношеній, а потому и не можетъ быть названъ источникомъ обязательства въ тѣсномъ значеніи: сила договора основывается на законѣ, послѣдствія правонарушенія опредѣляются закономъ. Очевидно, что одинъ законъ, безъ юридическаго факта, не создаетъ обязательства. Между тѣмъ наша практика устанавливаетъ, будто обязанность частнаго лица уступить, по требованію правительства, свое право собственности для государственной или общественной пользы относится къ числу обязательствъ, непосредственно возникающихъ изъ закона (кас. рѣш. 1872, № 19). Въ дѣйствительности указанный случай не даетъ вовсе мѣста для возникновенія обязательствъ, основанныхъ на законѣ. Сенатъ, очевидно, смѣшалъ частно-правовое обязательство и публично-правовую обязанность (или необходимость) каждаго гражданина подчиниться требованіямъ верховной власти. Въ данномъ случаѣ обязательство и не можетъ возникнуть, а обязанность (или необходимость) основывается на силѣ власти.

Нельзя считать научной классификацію Дернбурга, который раздѣляетъ обязательства на двѣ группы: основанныя на юридической сдѣлкѣ и не основанныя на ней, потому что въ дѣйствительности вторая группа остается безъ основанія. Такую же цѣнность представляетъ классификація Пляньоля, по мнѣнію котораго источниковъ обязательства только два: договоръ и законъ, при чемъ упускается изъ виду, что сила договора основывается также на законѣ. Эта точка зрѣнія положена въ основу французскаго гражданскаго кодекса, въ которомъ соотвѣтственно различаются obligations и engagements (§§ 1101 и 1370).

Относительно юридической сдѣлки и правонарушенія, какъ источниковъ обязательства, не возбуждается сомнѣній. Необхо-

димо подыскать основаніе для третьей группы. Если законъ создаетъ обязательственное отношеніе внѣ сдѣлокъ и правонарушеній, то происхожденіе его обусловливается неосновательнымъ обогащеніемъ одного лица на счетъ другого, т.-е. переходомъ цѣнности изъ имущества одного лица въ имущество другого безъ достаточнаго юридическаго основанія. Съ этой точки зрѣнія источниками обязательства являются: 1) юридическая сдѣлка, 2) правонарушеніе, 3) неосновательное обогащеніе. Такая классификація принята, въ сущности, германскимъ гражданскимъ уложеніемъ 1896 года, хотя оно и уклонилось отъ перечня основаній, и швейцарскимъ обязательственнымъ закономъ 30 марта 1911 года.

III. Развитіе обязательственнаго права. Моментъ появленія въ исторіи права обязательственныхъ правоотношеній представляется значительно позднѣйшимъ въ сравненіи съ моментомъ возникновенія вещныхъ правоотношеній. Патріархальный, родовой складъ быта, натуральное хозяйство, отсутствіе торговли создавали мало благопріятную почву для развитія обязательственнаго права. Ограниченный кругъ предметовъ, необходимыхъ для удовлетворенія незначительныхъ потребностей первобытнаго общества, пріобрѣтался не путемъ обмѣна, а, главнымъ образомъ, безхитростною обработкою продуктовъ земли, окружающей мѣсто осѣдлости. Потребность въ рабочихъ рукахъ, въ услугахъ удовлетворялась при помощи рабовъ и дѣтей, подчиненныхъ той же неограниченной власти главы дома или рода.

Въ начальную пору своего появленія обязательственныя правоотношенія еще мало отличаются отъ вещныхъ. Отличіе права на дѣйствіе отъ права на вещь тѣмъ менѣе сознается что не существуетъ яснаго представленія о свободѣ личности и у большинства нѣтъ имущественной обезпеченности. Для вѣрителя, за отсутствіемъ у должника имущества, единственною гарантіею исполненія является лицо обязавшагося. Первоначальное обязательственное отношеніе устанавливаетъ право не на дѣйствіе со стороны должника, а на лицо должника, если и не такое полное, какъ въ отношеніи къ рабу, то, во всякомъ случаѣ, весьма близкое. По мнѣнію Кунце, въ развитіи обязательства замѣчаются три періода: въ первомъ обязательство представляетъ собою господство надъ должникомъ, подобное праву собственности; во второмъ—господство надъ должникомъ становится только частичнымъ, смягченнымъ, полнымъ льготъ

для него; наконецъ, въ третьемъ періодѣ обязательство создаетъ упорядоченное господство, возвышающееся на степень идеальной власти.

Подтвержденій подобной конструкціи обязательствъ можно найти не мало въ исторіи. Такъ, въ эпоху XII таблицъ, право кредитора на должника, хотя уже смягченное, было почти вещное, потому что простиралось на его лицо, а при невозможности распредѣлить между нѣсколькими кредиторами свободу несостоятельнаго должника, юридическій матеріализмъ шелъ такъ далеко, что передъ ними отвѣчало его тѣло. Только Lex Poetelia явился выразителемъ перемѣнившихся воззрѣній на сущность обязательства и въ классическую эпоху римскаго права суровое nexum смѣнилось чисто обязательственнымъ отношеніемъ mutuum. На противоположномъ концѣ Европы, въ Норвегіи, древнее право предоставляло кредитору возможность отрѣзать несостоятельному должнику ту или другую часть тѣла—идея, положенная въ основу позднѣйшей драмы (Шейлокъ). У древнихъ германцевъ свобода была постояннымъ обезпеченіемъ кредитора, который обращалъ неисполнительнаго должника въ положеніе раба, а позднѣе, въ средніе вѣка, подобный должникъ, если и не считался рабомъ, то все-таки былъ ограниченъ въ своей свободѣ.

Если мы обратимся къ исторіи русскаго права, то и здѣсь найдемъ подтвержденіе. По Русской Правдѣ купецъ, задолжавшій многимъ безъ извиняющихъ его обстоятельствъ, отвѣчалъ лично передъ кредиторами: «ждоутъ ли ему, продадоутъ ли его—своя имъ воля» (ст. 68), кредиторамъ предоставлялось «вести я на торгъ и продати» (ст. 69). При договорѣ займа въ древнѣйшую эпоху личность должника составляла обезпеченіе права требованія, принадлежащаго кредитору (закупничество), такъ что, въ случаѣ неисполнительности, должникъ отдавался довѣрителю головою до искупа для отработки долга, безъ всякихъ розысканій относительно его имущественныхъ средствъ. Такой же характеръ отношенія замѣчается и при другомъ договорѣ—личномъ наймѣ. Наймитъ былъ въ положеніи полусвободнаго человѣка, котораго хозяинъ могъ бранить и бить: малѣйшій неосторожный шагъ со стороны должника могъ повлечь для него уже полное рабство (обѣльный холопъ). Въ московскій періодъ въ законодательствѣ проявляется тенденція измѣнить эту бытовую точку зрѣнія. Судебникъ Іоанна IV ограничиваетъ возможность превращенія нанявшагося въ холопы,

запрещаетъ служить у вѣрителя за ростъ по займу. Этотъ взглядъ поддерживается въ дальнѣйшей исторіи. Вопреки установившемуся обычаю обращать несостоятельныхъ должниковъ въ рабовъ, законодатель дозволяетъ выдавать такихъ лицъ кредитору головою только до искупа, т.-е. пока не отработаются. Въ XVII вѣкѣ вырабатывается постепенно идея имущественной отвѣтственности за неисполненіе по обязательству, вырабатывается порядокъ обращенія взысканія за долги не на лицо, а на имущество должника. Съ того времени отрѣшенность обязательства отъ лица должника установилась во взглядахъ законодателя, но долго еще въ бытовыхъ отношеніяхъ продолжало сохраняться воззрѣніе на обязательство, какъ имѣющее своимъ объектомъ самого должника.

§ 34.

Субъекты обязательства.

Литература: Нерсесовъ, *О бумагахъ на предъявителя съ точки зрѣнія гражданскаго права,* 1889; Гейнце, *О юридической природѣ бумагъ на предъявителя* („Ж. Мин. Юст.“ 1899, № 10), Дювернуа, *Основная форма корреальнаго обязательства,* 1874; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права,* т. III, стр. 35—71; Чирихинъ, *Солидарность въ обязательствахъ,* 1885; Никоновъ, *Круговая порука, какъ обезпеченіе обязательствъ* („Ж. Мин. Юст.“ 1896, № 9).

I. Бумаги на предъявителя. Современный бытъ выработалъ новыя формы обязательственныхъ отношеній, въ которыхъ имя кредитора неизвѣстно, а право требованія обусловливается обладаніемъ и предъявленіемъ документа, называемаго бумагою на предъявителя. *Бумаги на предъявителя являются слѣдовательно бумагами, вещное право на которыя даетъ и право требованія того, что̀ составляетъ ихъ содержаніе.* Право обязательственное неразрывно связывается съ правомъ на документъ, какъ вещь. Должникъ можетъ и обязанъ исполнить то, что̀ составляетъ содержаніе бумаги на предъявителя, всякому, кто ее предъявитъ ему. Онъ обязанъ исполнить только въ обмѣнъ на бумагу. Онъ не долженъ исполнять безъ предъявленія бумаги, потому что такое исполненіе не освобождаетъ его отъ требованія, которое позднѣе можетъ быть предъявлено къ нему предъявителемъ бумаги. Въ отношеніи, создаваемомъ бумагами на предъявителя, опредѣленному, съ самаго начала, должнику не соотвѣтствуетъ, повидимому, опредѣленность кре-

дитора: должникъ не знаетъ при установленіи отношенія, въ пользу кого онъ обязанъ исполнить то дѣйствіе, которое составляетъ содержаніе обязательства. Это обстоятельство возбуждаетъ вопросъ о юридической природѣ отношенія, создаваемаго бумагами на предъявителя.

По взгляду однихъ ученыхъ основаніе юридической силы бумагъ на предъявителя заключается въ договорѣ между должникомъ и тѣмъ лицомъ, которому передается впервые документъ. Этого взгляда придерживаются: Савиньи, Тёль, Брунеръ, Унгеръ, Гольдшмидтъ и др. Противъ этого возражаютъ, что договоръ предполагаетъ опредѣленность субъектовъ; а потому договоръ съ неизвѣстнымъ лицомъ не можетъ считаться дѣйствительнымъ. Однако, договоръ въ данномъ случаѣ заключается вовсе не съ неизвѣстнымъ лицомъ. Неизвѣстно только имя перваго кредитора, но подобную же взаимную неизвѣстность именъ мы встрѣчаемъ ежедневно при совершеніи сдѣлокъ купли-продажи, перевозки. Неизвѣстность имени кредитора свойственна и многимъ другимъ обязательствамъ, потому что должникъ не знаетъ заранѣе, кто будетъ его кредиторомъ въ моментъ исполненія, такъ какъ право требованія можетъ мѣнять своихъ субъектовъ. Неизвѣстность имени не совпадаетъ съ неопредѣленностью кредитора: кредиторъ тотъ, кто имѣетъ вещное право на документъ. Слѣдовательно, лицо активнаго субъекта опредѣлено съ самаго начала и въ моментъ исполненія. Сторонники другого взгляда, въ особенности Кунце, въ противоположность договорной теоріи, выставляютъ теорію односторонняго обѣщанія. Основаніе юридической силы бумагъ на предъявителя обусловливается волею должника, односторонне выраженною, безъ участія воли другого лица. Эта точка зрѣнія положена въ основаніе германскаго уложенія (§§ 793, 794), и въ послѣднее время стала проникать во Францію, но встрѣчаетъ тамъ энергичный отпоръ со стороны самыхъ видныхъ французскихъ юристовъ. Въ самомъ дѣлѣ, обоснованіе бумагъ на предъявителя не на договорѣ, а на созданіи документа, противорѣчитъ теоретическому представленію какъ о договорѣ, такъ и объ одностороннемъ обѣщаніи, потому что въ обоихъ случаяхъ предполагается волеизъявленіе. Между тѣмъ по разсматриваемой теоріи бумага на предъявителя обязываетъ должника не потому, что она имъ выпущена въ оборотъ, а потому что она попала въ оборотъ, хотя бы и помимо его воли. Можетъ быть, такое теоретическое представле-

ніе весьма благопріятно для оборота, создавая увѣренность для каждаго пріобрѣтателя бумаги на предъявителя, что онъ не встрѣтитъ возраженій со стороны должника, но она несправедлива по отношенію къ должнику, обязанному платить, хотя онъ не выражалъ на то своей воли и хотя онъ не проявилъ никакой вины въ выпускѣ бумаги.

Въ форму бумагъ на предъявителя могутъ быть облечены не только обязательственныя правоотношенія, но и вещныя (складочныя свидѣтельства) и иныя, напр., права участія (акціи). Къ обязательствамъ, облеченнымъ въ эту форму, относится чаще всего договоръ займа, напр., облигаціи, выпускаемыя городами или акціонерными товариществами, закладные листы поземельныхъ обществъ. Германское уложеніе допускаетъ обращеніе бумагъ на предъявителя только съ дозволенія государственной власти (§ 795). Слѣдуетъ замѣтить, что современныя законодательства не разрѣшаютъ облекать въ форму бумагъ на предъявителя векселя (за исключеніемъ Англіи) и ипотечныя свидѣтельства. Возможность у насъ выпуска бумагъ на предъявителя частными лицами встрѣчаетъ препятствіе въ уголовномъ законѣ, запрещающемъ выпускъ въ обращеніе безыменныхъ знаковъ (улож. наказ. 1150[1]).

Съ другой стороны, обязательства, облеченныя въ форму бумагъ на предъявителя, въ виду неразрывной связи права требованія съ обладаніемъ бумагою, создаютъ новый видъ вещей, весьма цѣнныхъ. Эта матеріальная сторона ставитъ бумаги на предъявителя въ разрядъ объектовъ права, которые должны бы подлежать общей судьбѣ движимыхъ вещей, насколько въ томъ или иномъ положительномъ законодательствѣ не содержится изъятія. Между тѣмъ относительно бумагъ на предъявителя наша судебная практика рѣшилась сдѣлать, въ интересахъ оборота и внушенія довѣрія къ пріобрѣтаемымъ бумагамъ, отступленіе отъ того начала, принятаго нашимъ законодательствомъ, что собственникъ въ правѣ отыскивать свою вещь всюду, гдѣ бы и у кого бы онъ ни нашелъ ее (т. X ч. 1 ст. 609). Для цѣлей кредита необходимо придать бумагѣ значеніе цѣнности, реализація которой не представляла бы никакихъ затрудненій и могла бы осуществиться во всякое время. Только при этомъ условіи бумага достигнетъ свободнаго обращенія и будетъ удовлетворять потребностямъ кредита. Такимъ образомъ, въ настоящее время возникли разнообразнѣйшіе виды безыменныхъ бумагъ на предъявителя, которыя служатъ, сами

по себѣ, представителями извѣстной цѣнности и имѣютъ свободное обращеніе въ публикѣ, наравнѣ съ деньгами. «Бумаги на предъявителя существенно отличаются отъ другихъ видовъ движимаго имущества. Предназначенныя къ постоянному и свободному обращенію изъ однѣхъ рукъ въ другія, расходясь въ громадномъ числѣ экземпляровъ, совершенно однородныхъ по формѣ, онѣ представляютъ особый видъ имущества, болѣе всего приближаясь ка денежнымъ знакамъ, и потому къ нимъ не могутъ быть примѣнимы общія правила объ имуществахъ движимыхъ» (кас. рѣш. 1885, № 27). Однако, не трудно замѣтить, что въ данномъ рѣшеніи Сенатъ сталъ не на почву законности, а на почву цѣлесообразности. Юридическаго отличія между бумагами на предъявителя и иными видами движимыхъ вещей Сенатъ въ дѣйствительности не установилъ. А изъ желательности для бумагъ на предъявителя ограничить силу виндикаціи не вытекаетъ еще, чтобы такое ограниченіе согласовалось съ дѣйствующимъ законодательствомъ. Практика Сената по настоящему вопросу отличается крайнею неустойчивостью, какъ это можно видѣть изъ прямо противоположныхъ точекъ зрѣнія, высказанныхъ въ Общемъ Собраніи (рѣш. 1887, № 10, и съ другой стороны, рѣш. 1896, № 31).

II. Множественность субъектовъ. Въ большинствѣ обязательствъ на активной и пассивной сторонѣ встрѣчается по одному лицу, одному должнику соотвѣтствуетъ и одинъ вѣритель. Но возможны случаи, когда активныхъ и пассивныхъ субъектовъ будетъ болѣе двухъ, одному должнику соотвѣтствуетъ нѣсколько вѣрителей, одному вѣрителю соотвѣтствуетъ нѣсколько должниковъ, наконецъ, нѣсколькимъ должникамъ соотвѣтствуетъ нѣсколько вѣрителей. Это стеченіе субъектовъ возможно, благодаря тѣсной связи ряда обязательственныхъ отношеній, въ своей совокупности представляющихъ нѣчто цѣлое. Оно возможно, однако, и при полномъ единствѣ обязательственнаго отношенія, и тогда нужно имѣть въ виду, что все-таки въ обязательствѣ могутъ быть только двѣ стороны съ тѣмъ лишь видоизмѣненіемъ, что одна изъ нихъ или обѣ представляютъ соединеніе нѣсколькихъ физическихъ или юридическихъ лицъ.

А. Если должникъ обязанъ выполнить условленное дѣйствіе только въ части каждому изъ нѣсколькихъ вѣрителей, или вѣритель имѣетъ право требовать только въ части исполненія

отъ каждаго изъ нѣсколькихъ должниковъ, то такое отношеніе можетъ быть названо *долевымъ обязательствомъ*. Примѣромъ подобнаго отношенія можетъ служить отвѣтственность по долгамъ наслѣдодателя со стороны сонаслѣдниковъ, изъ которыхъ каждый отвѣчаетъ по соразмѣрности со своей наслѣдственной долей (т. X ч. 1 ст. 1259). Завѣщатель оставляетъ своему старому слугѣ 500 рублей, которые ему предоставляется требовать поровну отъ всѣхъ наслѣдниковъ. По раздѣльному акту одинъ изъ братьевъ обязывается уплатить двумъ другимъ 10.000 рублей. При совокупномъ поручительствѣ нѣсколькихъ лицъ въ исполненіи обязательства, каждый изъ поручителей отвѣчаетъ въ той части, какая по числу поручившихся лицъ причтется на его долю; въ случаѣ же несостоятельности кого-либо изъ поручителей, его часть распредѣляется между остальными (т. X ч. 1 ст. 1558, п. 5). Когда преступленіе или проступокъ учинены нѣсколькими лицами по предварительному ихъ между собою на то согласію, то всѣ согласившіеся на участіе въ совершеніи правонарушенія платятъ поровну вознагражденіе за причиненный вредъ, а въ случаѣ несостоятельности кого-либо изъ нихъ, слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ соучастниковъ (т. X ч. 1 ст. 648). Въ случаѣ, когда доля каждаго изъ нѣсколькихъ вѣрителей или каждаго изъ нѣсколькихъ должниковъ не опредѣлена закономъ или соглашеніемъ,—доли всѣхъ должны предполагаться равными (кас. рѣш. 1871, № 1218).

Во всѣхъ случаяхъ долевого обязательства право и обязанность каждаго субъекта и исполненіе обособляются отъ другихъ правъ и обязанностей, возникающихъ для другихъ субъектовъ по связаннымъ между собою отношеніямъ. Каждый должникъ исполняетъ свою обязанность, каждый вѣритель осуществляетъ свое право. Однако, неисполненіе которымъ-либо изъ долевыхъ должниковъ своего обязательства влечетъ для другихъ обязанность совершить за него дѣйствіе, такъ что если который-нибудь изъ должниковъ не выполняетъ требуемаго отъ него дѣйствія, то его мѣсто занимается всѣми другими должниками. Отвѣтственность однихъ должниковъ за другихъ, въ случаѣ неисполнительности, и распредѣленіе между ними обязательства неисполнительныхъ должниковъ не уничтожаютъ долевого характера всего обязательства. То, что не было исполнено однимъ изъ должниковъ, не можетъ быть взыскиваемо съ любого изъ прочихъ, а только въ той части, какая приходится

на каждаго изъ нихъ по распредѣленію. Если же который-нибудь изъ вѣрителей не осуществитъ своего права, то его мѣсто въ отношеніи не можетъ быть занято другимъ, потому что долевое обязательство есть совокупность обязательственныхъ отношеній, связанныхъ взаимнымъ ручательствомъ всѣхъ пассивныхъ субъектовъ.

В. Если каждый должникъ обязанъ исполнять въ пользу вѣрителя все дѣйствіе, составляющее содержаніе обязательства, или каждый вѣритель имѣетъ право потребовать отъ должника совершенія въ его пользу всего дѣйствія,—то такое отношеніе называется *солидарнымъ обязательствомъ*,—терминъ, извѣстный нашему законодательству—т. X, ч. 1, ст. 2200, прил., ст. 16, а также уст. жел. дор., ст. 118 и общеупотребительный въ практикѣ (кас. рѣш. 1906, № 61, въ которомъ сенатъ даетъ опредѣленіе солидарнаго обязательства, какъ корреальнаго). Солидарность бываетъ на активной или на пассивной сторонѣ, смотря по тому, существуетъ ли въ обязательствѣ нѣсколько такихъ вѣрителей или нѣсколько такихъ должниковъ. Солидарность пассивная даетъ право вѣрителю обратиться съ требованіемъ къ каждому изъ должниковъ, исполненіе которымъ прекращаетъ все обязательственное отношеніе. Активная солидарность даетъ право каждому изъ вѣрителей обратиться съ требованіемъ къ должнику, и исполненіе съ его стороны прекращаетъ обязательственное отношеніе. Солидарность можетъ вытекать изъ одного основанія, напр. совмѣстно совершеннаго правонарушенія, совмѣстно заключеннаго договора, но это не составляетъ необходимости,—была бы общая цѣль, единство интереса, къ которому направлены всѣ обязательства въ совокупности. Объединяющая ихъ цѣль,—чаще всего,—обезпеченіе интереса кредиторовъ. Завѣщатель можетъ предоставить своему старому слугѣ право требовать 500 рублей отъ любого изъ сонаслѣдниковъ. Въ случаѣ неудовлетворенія по векселю или варранту со стороны главнаго должника, держатель векселя или варранта можетъ требовать платежа полностью отъ любого изъ надписателей (уст. о векс. ст. 30, уст. торг. ст. 804), хотя Сенатъ, совершенно непостижимымъ образомъ, утверждаетъ, что отношеніе между векселедателемъ и надписателемъ «не только не имѣетъ ничего общаго съ солидарнымъ обязательствомъ, но, наоборотъ, по самому свойству своему вполнѣ исключаетъ это понятіе» (кас. рѣш. 1906, № 61). Въ случаѣ поврежденія груза, прошедшаго

нѣсколько желѣзныхъ дорогъ, отправитель въ правѣ потребовать вознагражденія отъ любой дороги (уст. жел. дор., ст. 115).

Изъ указанныхъ примѣровъ уже обнаруживается, что солидарность основывается или на юридической сдѣлкѣ (договорѣ, завѣщаніи), или же на постановленіи закона. Слѣдуетъ замѣтить, что по нашему законодательству (въ согласіи съ французскимъ кодексомъ, § 1202 и швейцарскимъ § 143, и въ противность германскому уложенію, § 427), солидарность въ отношеніи, имѣющемъ нѣсколько участниковъ, вообще не предполагается, пока не будетъ прямо установлена частною волею или волею законодателя (т. X ч. 1 ст. 1548). Такъ, напр., если одинъ изъ общихъ собственниковъ дома заключаетъ съ подрядчикомъ договоръ въ виду ремонта, то нѣтъ основанія признавать всѣхъ собственниковъ отвѣтственными передъ подрядчикомъ, за отсутствіемъ особаго объ этомъ соглашенія. Высказавъ не разъ, въ видѣ общаго принципа, что солидарная отвѣтственность нѣсколькихъ лицъ не предполагается, нашъ Сенатъ, въ противорѣчіе самому себѣ, допускаетъ, что солидарность можетъ вытекать, помимо закона и договора, изъ самаго существа юридическихъ отношеній между сторонами, изъ самаго свойства договора (кас. рѣш. 1886, № 24). И Сенатъ не стѣсняется устанавливать солидарность между совокупными продавцами или покупщиками, между совокупными поставщиками или арендаторами. Между тѣмъ по нашему праву солидарность можетъ быть установлена или самимъ закономъ или явно направленною на то волею лицъ.

Хотя объектъ солидарнаго обязательства одинъ, но это не мѣшаетъ тому, чтобы обязанности отдѣльныхъ пассивныхъ субъектовъ или права активныхъ различались: обязанность одного должника можетъ быть простой, другого—условной, третьяго—срочной, иного—обезпеченной неустойкою или залогомъ. И недѣйствительность обязательства котораго-либо изъ солидарныхъ должниковъ не отражается на силѣ солидарнаго обязательства въ отношеніи прочихъ должниковъ.

Дѣйствіе солидарности въ отношеніи между активными и пассивными субъектами обязательства состоитъ въ томъ, что въ случаѣ пассивной солидарности вѣритель въ правѣ потребовать полнаго исполненія отъ каждаго должника, какъ будто тотъ единственный должникъ, а въ случаѣ активной солидарности каждый изъ вѣрителей въ правѣ потребовать отъ должника полнаго исполненія такъ, какъ будто онъ единственный вѣритель. Съ

исполненіемъ обязательства однимъ изъ солидарныхъ должниковъ въ пользу вѣрителя или должникомъ въ пользу одного изъ солидарныхъ вѣрителей прекращается и самое обязательственное отношеніе. Освободительное дѣйствіе исполненія слѣдуетъ признать и тамъ, гдѣ оно замѣняется зачетомъ или новаціей, состоявшимися между вѣрителемъ и однимъ изъ солидарныхъ должниковъ. Возникающій вслѣдъ затѣмъ вопросъ о томъ, долженъ ли вѣритель, принявшій исполненіе, произвести разверстку между остальными солидарными вѣрителями, или въ правѣ ли должникъ, исполнившій дѣйствіе, которое составляло содержаніе обязательства, обратиться съ требованіемъ разверстки къ остальнымъ солидарнымъ должникамъ,—не соединенъ съ солидарностью необходимою связью. Производство подобной разверстки основывается не на солидарности, а на томъ отношеніи, которое существовало между субъектами одной стороны, активной или пассивной. Въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно должникъ, удовлетворившій вѣрителя, имѣетъ право регресса къ прочимъ солидарнымъ должникамъ. Однако, бываютъ случаи, когда подобный регрессъ оказывается непримѣнимымъ, напр., должникъ и поручитель связаны солидарно передъ кредиторомъ, но платежъ долга самимъ должникомъ не даетъ ему вовсе права регресса къ поручителю.

Изъ идеи единства солидарнаго обязательства вытекаетъ, что судебное рѣшеніе, состоявшееся по иску вѣрителя къ одному изъ солидарныхъ должниковъ или по иску одного изъ солидарныхъ вѣрителей къ должнику, имѣетъ силу для остальныхъ должниковъ и вѣрителей. Подобный результатъ, предполагающій тождество иска, возможенъ въ томъ случаѣ, когда рѣшеніе было основано на всемъ обязательственномъ отношеніи, а не на особенностяхъ въ отвѣтственности отдѣльныхъ субъектовъ. Такъ, напр., если судебнымъ рѣшеніемъ отвергнута была основательность предъявленнаго къ главному должнику иска, то тѣмъ самымъ преграждается возможность иска къ поручителю; но если судебнымъ рѣшеніемъ отвергнутъ былъ искъ къ поручителю, какъ преждевременный, то это не препятствуетъ предъявленію иска къ главному должнику. Такова точка зрѣнія французскаго права (§ 1208), тогда какъ германское уложеніе придерживается противоположнаго взгляда (§ 425). Къ послѣднему взгляду, повидимому, примыкаетъ и наша практика (кас. рѣш. 1885, № 82). Относительно давности слѣдуетъ признать положеніе, основанное также на единствѣ объекта обязатель-

ства, что истеченіе или перерывъ давности, сдѣланный однимъ изъ солидарныхъ вѣрителей, идетъ на пользу всѣхъ, а сдѣланный противъ одного изъ солидарныхъ должниковъ, имѣетъ силу противъ всѣхъ. И по этому вопросу французскій кодексъ (§ 1206) и германское уложеніе (§ 425) стоятъ на противоположныхъ точкахъ зрѣнія. Нашъ сенатъ склоняется къ отрицанію того, чтобы перерывъ давности въ отношеніи одного изъ солидарныхъ должниковъ могъ имѣть силу противъ остальныхъ, при чемъ опирается главнымъ образомъ на отсутствіе въ нашемъ законодательствѣ спеціальнаго по этому предмету постановленія (кас. рѣш. 1885, № 82).

Распространенное на почвѣ римскаго права раздѣленіе совокупныхъ обязательствъ на солидарныя и корреальныя осталось чуждымъ современнымъ законодательствамъ.

§ 35.

Содержаніе обязательства.

Литература: Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. III, стр. 20–35; Голевинскій, *О происхожденіи и дѣленіи обязательствъ*, 1872, стр. 199—210; Бернштейнъ, *Ученіе о раздѣлительныхъ обязательствахъ по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ*, 1871; Гордонъ, *Юридическая природа альтернативныхъ обязательствъ* („Ж. М. Ю.“, 1900, № 9).

I. Опредѣленность содержанія. Дѣйствіе, составляющее содержаніе обязательства, должно быть настолько опредѣленнымъ, чтобы не возникало сомнѣнія въ возможности требовать отъ должника исполненія. Конечно, степень опредѣленности можетъ быть различной—можно обязаться продать бочку краснаго бордоскаго вина 1895 года, или бочку краснаго бордо вина, или, наконецъ, бочку краснаго вина. Эта постепенность въ опредѣленности объекта обязательства не измѣняетъ силы отношенія. Но если лицо обязалось продать вина безъ болѣе точнаго опредѣленія количества и качества, то, за полною неопредѣленностью обязанности должника, обязательство не можетъ пріобрѣсти юридической силы.

Нерѣдко, однако, неопредѣленность оказывается мнимой и содержаніе обязательства съ достаточною точностью выясняется въ зависимости отъ другихъ обстоятельствъ. Такими обстоятельствами могутъ служить воля одного изъ субъектовъ или воля

посторонняго лица или же иной какой-нибудь фактъ. Напр., хозяинъ дома предлагаетъ искателю квартиры нѣсколько помѣщеній въ его домѣ равной цѣны, и наниматель даетъ задатокъ съ тѣмъ, что выборъ квартиры будетъ зависѣть отъ его жены. Заключается биржевая сдѣлка, въ силу которой одно лицо обязывается доставить другому къ извѣстному сроку такое-то количество акцій, а другое обязывается принять ихъ и заплатить за нихъ цѣну, какая въ тотъ день будетъ на биржѣ. Купцу продаютъ новый видъ товара съ тѣмъ, что, если товаръ пойдетъ, то купецъ въ правѣ потребовать или обязывается заказать его такое-то количество.

Обязательства, разсматриваемыя съ точки зрѣнія содержанія ихъ, особенно со стороны ихъ опредѣленности, представляютъ различные виды.

II. Альтернативныя обязательства. Въ противоположность простому обязательству, въ которомъ обязанность должника сводится къ выполненію одного какого-либо заранѣе опредѣленнаго дѣйствія, въ обязательствѣ альтернативномъ должникъ обязывается къ выполненію одного изъ нѣсколькихъ опредѣленныхъ дѣйствій. Обязательство опредѣленно, насколько несомнѣнно, что должникъ обязывается исполнить одно изъ указанныхъ дѣйствій; неопредѣленность состоитъ въ неизвѣстности, которое именно дѣйствіе составитъ предметъ исполненія. Каждое изъ дѣйствій имѣетъ опредѣленное значеніе, а потому выполненіе каждаго въ части не будетъ отвѣчать существу обязательства. Примѣромъ альтернативнаго обязательства можетъ служить такая биржевая сдѣлка, въ силу которой одна сторона, за уплату преміи, пріобрѣтаетъ право потребовать или продажи, или покупки извѣстныхъ цѣнныхъ бумагъ. Завѣщатель обязываетъ наслѣдника или предоставить извѣстному лицу квартиру въ домѣ, или уплачивать ежегодно сумму денегъ, достаточную для найма подобнаго помѣщенія. Напротивъ, не будетъ альтернативнымъ такое обязательство, въ силу котораго должникъ обязывается исполнить совмѣстно нѣсколько дѣйствій, напр., по завѣщанію наслѣдникъ обязывается предоставить извѣстному лицу квартиру въ наслѣдуемомъ домѣ и выдавать ежегодно опредѣленную сумму на содержаніе. Въ отличіе отъ указаннаго обязательства, въ которомъ нѣсколько дѣйствій соединено частицею «и», для альтернативнаго обязательства характерна частица «или».

Возможность альтернативныхъ обязательствъ, съ точки зрѣ-

нія нашего законодательства, основывается, съ одной стороны, на ст. 1530 т. X ч. 1, которая допускаетъ включеніе въ договоръ всякихъ условій, законамъ непротивныхъ, съ другой— на стт. 612, 614, 618, 673, 683 и др. т. X ч. 1, которыя даютъ потерпѣвшему отъ правонарушенія право выбора въ способахъ удовлетворенія.

При альтернативномъ обязательствѣ право выбора дѣйствія, которое должно составить предметъ исполненія, зависитъ отъ соглашенія или отъ постановленія закона. Въ случаѣ отсутствія указанія на право выбора, такое право должно быть признано за должникомъ, потому что которое бы изъ дѣйствій онъ ни исполнилъ, исполненіе все-таки будетъ налицо. Это положеніе въ нашемъ законодательствѣ основывается на томъ, что случаи сомнѣній должны быть толкуемы въ пользу должника (т. X ч. 1 ст. 1539 п. 5). Въ приведенномъ выше примѣрѣ завѣщатель можетъ предоставить или наслѣднику самому выбрать, что онъ предпочтетъ исполнить, или же дастъ отказопринимателю право потребовать квартиры или денегъ.

Альтернативное обязательство превращается въ простое, такъ что устраняются возможность и необходимость выбора, при слѣдующихъ условіяхъ: 1) вслѣдствіе особаго соглашенія между субъектами, 2) вслѣдствіе односторонняго заявленія того изъ субъектовъ, которому предоставлено право выбора, 3) вслѣдствіе обнаружившейся невозможности одного изъ двухъ дѣйствій. Такая невозможность наступаетъ или по винѣ одного изъ субъектовъ, или безъ всякой вины съ ихъ стороны, по одному лишь случаю. Посмотримъ, какія послѣдствія будетъ имѣть во всѣхъ этихъ случаяхъ обнаружившаяся невозможность, предполагая только два дѣйствія.

А. Причина невозможности—простой *случай*.

1. Выборъ принадлежитъ должнику: ему остается исполнить другое условленное дѣйствіе.

2. Выборъ принадлежитъ вѣрителю: онъ можетъ требовать отъ должника лишь исполненія другого условленнаго дѣйствія.

В. Причина невозможности—*вина должника*.

1. Выборъ принадлежитъ должнику: ему остается исполнить другое условленное дѣйствіе; слѣдовательно, результатъ тотъ же, что и при случайной причинѣ.

2. Выборъ принадлежитъ вѣрителю: онъ можетъ требовать отъ должника или а) исполненія другого условленнаго дѣй-

ствія, или b) возмѣщенія ущерба, причиненнаго неисполненіемъ перваго дѣйствія.

C. Причина невозможности—*вина вѣрителя.*

1. Выборъ принадлежитъ должнику: онъ можетъ или a) исполнить другое условленное дѣйствіе, или b) возмѣстить интересъ неисполнимаго дѣйствія.

2. Выборъ принадлежитъ вѣрителю: ему остается требовать исполненія другого условленнаго дѣйствія, независимо отъ его обязанности возмѣстить должнику ущербъ, причиненный по его винѣ.

Указанныя комбинаціи еще болѣе усложняются, когда рядомъ съ невозможностью исполненія одного изъ дѣйствій по винѣ котораго-либо изъ субъектовъ обнаруживается неисполнимость и второго дѣйствія подъ вліяніемъ случая.

Близко примыкаетъ къ альтернативному обязательству, хотя и отличается отъ него, *факультативное обязательство.* Это тотъ случай, когда должникъ обязывается къ извѣстному дѣйствію, но съ возможностью замѣны, по его желанію, другимъ дѣйствіемъ. Напр., завѣщатель обязываетъ наслѣдника передать пароходъ «Петръ I» опредѣленному лицу, съ тѣмъ, однако, что ему предоставляется замѣнить передачу парохода платежемъ равной по цѣнности суммы денегъ. Въ настоящемъ примѣрѣ мы видимъ два дѣйствія, выборъ между которыми принадлежитъ должнику. Различіе между этимъ обязательствомъ и альтернативнымъ обнаружится тотчасъ, если мы предположимъ случайную гибель парохода. Если бы обязательство было альтернативнымъ и должникъ обязывался бы или передать пароходъ или уплатить деньги, то, послѣ гибели парохода, кредиторъ имѣлъ бы право требовать суммы денегъ. Между тѣмъ, въ приведенномъ примѣрѣ факультативнаго обязательства, вмѣстѣ съ гибелью парохода падаетъ и обязанность должника уплатить равноцѣнность.

III. Видовыя и родовыя обязательства. Различіе между тѣми и другими основано на томъ, какими признаками опредѣляется дѣйствіе, составляющее содержаніе обязательственнаго отношенія. Если объектъ обязательства характеризуется признаками, свойственными цѣлой категоріи дѣйствій, то обязательство будетъ родовымъ. Если, напротивъ, объектъ опредѣляется признаками, присущими только данному дѣйствію, то мы будемъ имѣть видовое обязательство. Такъ, напр., продажа дома въ извѣстномъ городѣ, на опредѣленной улицѣ,

подъ указаннымъ номеромъ, полна видовыхъ признаковъ. Но обязательство доставить извѣстное количество муки, хотя и опредѣленнаго сорта, будетъ родовымъ, потому что возможенъ цѣлый рядъ такихъ же дѣйствій, способныхъ стать предметомъ подобныхъ обязательствъ. Продажа лошади извѣстнаго завода съ аттестатомъ есть видовое обязательство, продажа сотни лошадей для конки есть родовое обязательство. Въ обязательствахъ родовыхъ, когда дѣйствіе состоитъ въ передачѣ вещи, послѣдняя опредѣляется счетомъ, вѣсомъ, объемомъ.

Обязательство, бывшее родовымъ при установленіи, впослѣдствіи превращается въ видовое. Моментомъ такого превращенія слѣдуетъ признавать не выдѣленіе изъ массы однородныхъ предметовъ тѣхъ, которые должны быть переданы вѣрителю,— потому что и послѣ этого должникъ всегда въ правѣ замѣнить ихъ другими, не нарушая правъ вѣрителя,—а лишь дѣйствительное исполненіе. Если подрядчикъ обязался доставить казенному учрежденію извѣстное число саженъ дровъ, то отдѣленіе требуемаго количества изъ всего прочаго склада и наложеніе ихъ на подводы еще не спеціализируютъ обязательства, такъ какъ ничто не мѣшаетъ ему сложить отдѣленныя дрова обратно или нагруженные возы отправить по другому адресу. Только съ доставкою дровъ казенному учрежденію можно сказать, что объектъ обязательства опредѣлился видовыми признаками.

Практическое значеніе различія между родовыми и видовыми обязательствами сводится у насъ къ отличію договоровъ продажи и поставки. Въ римскомъ правѣ имѣлъ весьма важное значеніе вопросъ о превращеніи родового обязательства въ видовое, потому что съ этимъ связанъ былъ другой вопросъ: кто несетъ рискъ гибели или поврежденія вещи при куплѣ-продажѣ. Но въ настоящее время вопросъ этотъ разрѣшается на другихъ началахъ.

IV. Дѣлимыя и недѣлимыя обязательства. Дѣйствіе, составляющее содержаніе обязательства, можетъ быть признано дѣлимымъ, когда оно можетъ быть выполнено по частямъ, когда оно допускаетъ раздѣленіе его безъ нарушенія сущности, такъ что каждая часть дѣйствія имѣетъ то же содержаніе, какъ и цѣлое, и отличается отъ послѣдняго только количественно. Дѣйствіе, не допускающее такого разложенія на части, признается недѣлимымъ. Соотвѣтственно тому и обязательства, по способности къ дѣленію ихъ объекта, раз-

личаются какъ дѣлимыя и недѣлимыя. Напр., обязательство по займу, вообще по платежу извѣстной суммы денегъ, или обязательство по поставкѣ муки должны быть признаны дѣлимыми, потому что плата части денегъ, доставка пуда муки составляютъ по существу такія же дѣйствія, какъ платежъ и доставка цѣлаго. Напротивъ, недѣлимо обязательство выстроить домъ, и потому укладка фундамента не будетъ частью всего, такъ какъ она не однородна съ оставшеюся работою, или недѣлимо, напр., обязательство перевезти грузъ изъ Петербурга въ Саратовъ, потому что оставленіе его на половинѣ дороги, въ Москвѣ, разсматривается, по цѣли договора, не какъ исполненіе въ части, а какъ совершенное неисполненіе. Недѣлимы вообще всѣ обязательства съ отрицательнымъ содержаніемъ. Но условія соглашенія и законъ могутъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ измѣнить естественную способность дѣйствій къ дѣленію.

Практическое значеніе вопроса о дѣлимости обязательства состоитъ не въ томъ, что дѣлимое дѣйствіе можетъ быть исполняемо должникомъ по частямъ, потому что по общему правилу, всякое обязательство должно быть исполнено одновременно вполнѣ и вѣритель не обязанъ принимать частичнаго исполненія, если только воля сторонъ или закона не установила обратнаго. Недѣлимость обязательства возбуждаетъ интересъ въ случаѣ множественности субъектовъ на активной или пассивной сторонѣ и въ случаѣ наслѣдованія такого обязательства нѣсколькими лицами. a) Если въ обязательствѣ будетъ нѣсколько вѣрителей или должниковъ, то устанавливается отношеніе, подобное солидарному: каждый изъ нѣсколькихъ вѣрителей въ правѣ требовать исполненія всего въ его пользу, каждый изъ нѣсколькихъ должниковъ обязанъ исполнить все по требованію вѣрителя. Такой результатъ возникаетъ изъ существа объекта обязательства. b) Если право по недѣлимому обязательству перешло къ нѣсколькимъ наслѣдникамъ, то каждый изъ нихъ, независимо отъ доли участія въ наслѣдствѣ, можетъ потребовать отъ должника исполненія, съ обязанностью произвести потомъ разсчетъ съ сонаслѣдниками. Когда же по наслѣдству перешло обязательство съ его пассивной стороны, то вѣритель можетъ требовать полнаго удовлетворенія отъ каждаго изъ наслѣдниковъ, независимо отъ его наслѣдственной доли, а исполнившій въ правѣ обратиться къ сонаслѣдникамъ за разсчетомъ. Однако, между недѣлимостью обязательства и солидарностью существуетъ различіе, при всей ихъ

близости. Солидарность имѣетъ въ своемъ основаніи сдѣлку или постановленіе закона, тогда какъ въ основаніи недѣлимости обязательства лежитъ природа дѣйствія, составляющая его содержаніе. Поэтому, если устранится причина связи между нѣсколькими должниками, лежащая въ содержаніи обязательства, и предметъ его замѣнится другимъ, дѣлимымъ, напр., денежною суммою,—солидарная связь тотчасъ отпадаетъ.

§ 36.

Дѣйствіе обязательства.

Литература: Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права.* т. III, стр. 71—122; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права,* т. III, стр. 148—185.

Законно установленное обязательство создаетъ на одной сторонѣ право вѣрителя требовать, на другой—обязанность должника исполнить извѣстное дѣйствіе (т. X ч. 1 ст. 569). Исполненіе должно быть произведено надлежащимъ образомъ, надлежащимъ лицомъ, надлежащему лицу, въ надлежащемъ мѣстѣ и въ надлежащее время.

I. Образъ исполненія. Порядокъ исполненія долженъ соотвѣтствовать условленному, а за отсутствіемъ соглашенія—законному или вытекающему изъ содержанія обязательства, изъ сущности дѣйствія, составляющаго его объектъ (т. X ч. 1 стт. 570 и 1536). Если дѣлимость исполненія не была предусмотрѣна, то, хотя бы предметъ обязательства и допускалъ дѣленіе, вѣритель не обязанъ соглашаться на исполненіе по частямъ, потому что совершеніе по частямъ не есть еще совершеніе самаго дѣйствія. Такъ, кредиторъ можетъ не допускать частичной уплаты долга по займу вмѣсто возвращенія единовременно всей занятой суммы. Конечно, обоюдное соглашеніе можетъ установить возможность исполненія дѣйствія и по частямъ. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ законъ обязываетъ вѣрителя къ принятію частичнаго исполненія помимо соглашенія, а именно: a) векселедержатель не въ правѣ отказаться отъ предлагаемаго ему частичнаго исполненія и можетъ совершить протестъ лишь въ неплатежѣ остальной суммы (уст. векс. ст. 47), b) по приговору земскаго начальника, мирового или городского судьи, уѣзднаго члена окружнаго суда, въ виду отсутствія наличныхъ средствъ, отвѣтчику можетъ быть

разсрочена уплата долга на опредѣленные сроки (т. XVI ч. 1, уст. гр. суд., ст. 136, произв. суд. дѣлъ зем. нач. ст. 91). Но эти случаи составляютъ исключенія и не допускаютъ толкованія по аналогіи.

Должникъ обязанъ исполнить то именно дѣйствіе, которое имѣлось въ виду при установленіи обязательства. Безъ согласія вѣрителя должникъ не имѣетъ права предлагать исполненіе другого, хотя бы оно представляло и бо̀льшую имущественную цѣнность. Если вѣритель имѣетъ право получить извѣстную сумму денегъ, то должникъ не можетъ предлагать взамѣнъ не только товары, но даже векселя или чеки. Наоборотъ, если вѣритель имѣетъ право требовать какихъ-либо услугъ или передачи вещи, должникъ не можетъ предлагать ему деньги. Послѣдній можетъ только вовсе отказаться отъ исполненія, и тогда онъ присуждается къ платежу денежной суммы, равной по цѣнности всему потерянному интересу. Исполненіе всякаго другого дѣйствія, кромѣ условленнаго, равносильно неисполненію обязательства и не лишаетъ вѣрителя его права требовать условленнаго исполненія. На фабрикахъ нерѣдко практикуется выдача рабочимъ, вмѣсто денежной платы, различныхъ товаровъ натурою, чаще всего продуктами того же фабричнаго производства. Подобное дѣйствіе является полнымъ нарушеніемъ обязательственнаго отношенія, потому что рабочій въ правѣ требовать платежа деньгами, а не товарами (т. XI ч. 2, уст. пром., ст. 104). Точно такъ же и судъ не въ правѣ замѣнять условія, постановленныя въ договорѣ, другими, по собственному усмотрѣнію (кас. рѣш. 1870, № 149). Замѣна одного дѣйствія другимъ при исполненіи возможна только при изъявленномъ согласіи на то со стороны вѣрителя, напр., въ торговомъ быту нерѣдки случаи, когда купецъ, вслѣдствіе пошатнувшейся торговли, предлагаетъ своимъ кредиторамъ взять его товары вмѣсто денегъ.

II. Мѣсто исполненія. Подъ этимъ выраженіемъ понимается мѣсто, въ которомъ должникъ обязанъ исполнить, а вѣритель принять дѣйствіе, составляющее объектъ обязательства. Исполненіе во всякомъ другомъ мѣстѣ можетъ разсматриваться, сообразно обстоятельствамъ, или какъ просрочка, или какъ совершенное уклоненіе отъ исполненія. Мѣсто исполненія представляетъ настолько важное обстоятельство, что едва ли могутъ быть часты случаи, когда стороны допустятъ въ этомъ отношеніи упущеніе при самомъ установленіи обязательства и

не укажутъ мѣста исполненія. Если, однако, въ договорѣ не указано мѣсто исполненія, то оно нерѣдко можетъ опредѣлиться изъ заведеннаго порядка, восполняющаго волю сторонъ. Заведенный порядокъ или указываетъ на общее правило, напр., въ торговомъ быту мѣстомъ исполненія признается контора предпріятія, а не квартира его собственника, или же указываетъ на обычай, установившійся между данными лицами въ ихъ постоянныхъ сношеніяхъ, напр., во всѣхъ предшествующихъ поставкахъ помѣщикъ доставляетъ хлѣбъ въ амбары купца.

Но возможны, само собою разумѣется, и такіе случаи, когда стороны проходятъ молчаніемъ вопросъ о мѣстѣ исполненія, и онъ не выясняется заведеннымъ порядкомъ; наконецъ, существуютъ обязательства, основанныя не на договорѣ, гдѣ, слѣдовательно, не можетъ быть и рѣчи о соглашеніи по этому вопросу. На этотъ случай новѣйшія законодательства даютъ слѣдующія постановленія. При невозможности опредѣлить изъ соглашенія и обстоятельствъ дѣла, гдѣ имѣлось въ виду исполнить обязательство, исполненіе должно быть произведено въ мѣстѣ, въ которомъ должникъ имѣлъ свое мѣстожительство въ моментъ возникновенія обязательственнаго отношенія. Изъ этого дѣлается два исключенія: a) платежъ денегъ долженъ быть учиненъ по мѣсту жительства кредитора, b) передача опредѣленной вещи должна быть произведена по мѣсту нахожденія вещи въ моментъ заключенія договора (герм. гражд. улож. §§ 269 и 270, швейц. гражд. код. § 74).

Въ русскомъ законодательствѣ никакихъ указаній по этому вопросу не имѣется. Слѣдуетъ ли высказаться за мѣсто жительства кредитора или за мѣсто жительства должника? Имѣемъ ли мы основаніе, рѣшивъ вопросъ въ ту или другую сторону, дѣлать еще, по примѣру другихъ законодательствъ, различіе между денежными и всѣми другими обязательствами?

Какъ общее правило, необходимо признать, что мѣсто исполненія предполагается въ мѣстѣ жительства должника, пока противное не будетъ установлено договоромъ или закономъ или же не вытекаетъ изъ существа обязательства. Что такимъ предполагаемымъ мѣстомъ исполненія слѣдуетъ считать мѣсто жительства должника, а не вѣрителя, какъ это полагаетъ большинство нашихъ юристовъ, обнаруживается изъ того: a) что вѣритель, въ силу обязательства, пріобрѣтаетъ право требованія; что исполненіе обязательства поставлено въ зависимость отъ заявленія требованія со стороны вѣрителя, отъ усмотрѣнія

котораго зависитъ осуществленіе имъ своего права; что, наконецъ, такое заявленіе можетъ быть сдѣлано должнику только въ мѣстѣ его жительства. b) Въ этомъ же мѣстѣ только и можетъ вѣритель принудить при помощи суда должника къ исполненію. Слѣдовательно, при добровольномъ исполненіи должникъ не можетъ быть поставленъ въ худшее положеніе, чѣмъ при исполненіи вынужденномъ. c) Если кредиторъ желалъ исполненія въ своемъ мѣстѣ жительства, онъ долженъ былъ это поставить условіемъ, имѣя въ виду, что при сомнѣніи договоръ толкуется въ пользу должника (т. X ч. 1, ст. 1539, п. 5).

Изъ этого общаго правила слѣдуетъ допустить исключеніе, когда содержаніе обязательства состоитъ въ передачѣ вещи, опредѣленной индивидуальными признаками. Въ этомъ случаѣ мѣстомъ исполненія является мѣсто нахожденія предмета, напр. совершается наемъ парохода—мѣстомъ сдачи его будетъ мѣсто стоянки. Въ сдѣлкахъ съ недвижимостями самая природа вещей приковываетъ мѣсто исполненія къ нахожденію недвижимости. Что касается денежныхъ обязательствъ, то измѣненіе для нихъ мѣста исполненія по сравненію со всѣми другими не можетъ быть обосновано ни текстомъ закона, ни теоріей. Пока законъ не установитъ исполненіе ихъ по мѣсту жительства или конторѣ кредитора, мы, по общему правилу, должны считать обязательство исполнимымъ со всѣми послѣдствіями по мѣсту жительства должника.

Мѣсто исполненія обязательства, основаннаго на договорѣ, вліяетъ на посудность, устанавливая исключеніе изъ того общаго правила, въ силу котораго искъ предъявляется суду, въ округѣ котораго отвѣтчикъ имѣетъ постоянное жительство (уст. гр. суд. ст. 203). Иски, возникающіе изъ договора, въ которомъ условлено мѣсто его исполненія, или изъ договора, исполненіе котораго, по свойству обязательства, можетъ послѣдовать только въ опредѣленномъ мѣстѣ, предъявляются мѣстному, по исполненію договора, суду (уст. гр. суд. ст. 209). По общему правилу, отвѣтчикъ, привлеченный къ суду не по мѣсту общей подсудности, можетъ просить о переводѣ дѣла въ мѣсто постояннаго его жительства (уст. гр. суд. ст. 207); но переводъ дѣла изъ одного суда въ другой безъ согласія истца не допускается, когда отвѣтчикъ застигнутъ искомъ о неисполненіи договора въ томъ судебномъ округѣ, въ вѣдомствѣ котораго надлежало, по силѣ договора, учинить исполненіе.

III. Время исполненія. Какъ и мѣсто исполненія, время опредѣляется, прежде всего, соглашеніемъ (т. X ч. 1 ст. 1530); въ нѣкоторыхъ случаяхъ молчаніе договора восполняется диспозитивными нормами закона, напр., законодательнымъ путемъ можетъ быть опредѣлено время доставки груза по желѣзнымъ дорогамъ, храненія товаровъ въ складахъ и т. п. Время исполненія обязательства составляетъ его срокъ. Значеніе установленнаго времени заключается въ томъ, что до наступленія его ни вѣритель не имѣетъ права требовать исполненія, ни должникъ не обязанъ исполнять, тогда какъ по наступленіи срока должникъ обязанъ исполнить, а вѣритель не въ правѣ уклоняться отъ принятія исполненія (т. X ч. 1 ст. 572).

Если срокъ не установленъ и не можетъ быть опредѣленъ изъ сущности обязательства, то вѣритель имѣетъ право требовать исполненія обязательства немедленно по его установленіи, оставляя должнику столько времени, сколько необходимо лишь для совершенія дѣйствія. Съ своей стороны и должникъ въ томъ случаѣ, когда не указанъ срокъ, въ правѣ приступить къ исполненію тотчасъ же по установленіи обязательства. Впрочемъ, должникъ въ правѣ исполнить обязательство тотчасъ даже въ случаѣ опредѣленнаго срока, потому что послѣдній въ большинствѣ случаевъ устанавливается въ его собственномъ интересѣ. Соотвѣтственно тому, когда срокъ обязательства назначенъ въ интересѣ вѣрителя, напр., при поклажѣ, должнику преграждается возможность преждевременнаго исполненія. Въ договорѣ процентнаго займа должникъ не можетъ требовать, чтобы вѣритель до срока принялъ отъ него занятую сумму, потому что такимъ путемъ нарушился бы интересъ вѣрителя. Законъ нашъ допускаетъ исключеніе изъ этого правила: по займамъ, по которымъ условленный ростъ за пользованіе капиталомъ превышаетъ 6%, должникъ имѣетъ право во всякое время, спустя 6 мѣсяцевъ по заключеніи займа, возвратить занятый капиталъ (т. X ч. 1 ст. 2023). При платежѣ денежной суммы, не обусловленной процентомъ, должникъ въ правѣ произвести исполненіе во всякое время, напр., при продажѣ съ кредитомъ на 6 мѣсяцевъ покупщикъ можетъ уплатить должную сумму хотя бы черезъ недѣлю послѣ совершенія договора. Здѣсь возбуждается вопросъ, не можетъ ли должникъ при досрочномъ исполненіи требовать дисконта, т.-е. соотвѣтственнаго вычета, въ виду того, что капиталъ, переходя раньше времени къ кредитору, даетъ ему возможность упо-

требить сумму на другое дѣло. Однако, такое положеніе, въ видѣ общаго правила, не можетъ быть принято. Досрочное исполненіе въ этомъ случаѣ могло бы стать въ противорѣчіе съ интересами вѣрителя, такъ какъ возможно, что возвращенному капиталу онъ не найдетъ приложенія.

Наступленіе срока исполненія связано съ другимъ вопросомъ: обязанъ ли должникъ предложить самъ исполненіе въ силу одного факта наступленія срока или можетъ ожидать, пока вѣритель самъ предъявитъ требованіе? Такъ какъ, въ силу обязательства, вѣритель пріобрѣтаетъ право требованія, осуществленіе котораго зависитъ отъ его усмотрѣнія, то онъ и долженъ обратиться съ требованіемъ къ должнику въ наступившій срокъ, безъ чего должникъ не обязанъ начинать исполненія или заявлять о своей готовности. Это правило, имѣющее полную силу для обязательствъ, основанныхъ на правонарушеніи или неосновательномъ обогащеніи, не имѣетъ безусловнаго значенія для договорныхъ обязательствъ. Не говоря уже о томъ, что стороны могутъ прямо условиться объ обязанности должника самому приступить къ исполненію безъ всякаго напоминанія, такая обязанность иногда можетъ вытекать изъ сущности обязательства. Напр., лѣсоторговецъ обязывается доставлять университету дрова ежемѣсячно,— здѣсь изъ смысла соглашенія ясно, что должникъ обязанъ самъ доставлять дрова, безъ предъявленія къ нему ежемѣсячнаго требованія.

Установленный соглашеніемъ или закономъ срокъ обязательства можетъ продлиться или сократиться помимо воли субъектовъ отношенія, т.-е. помимо того случая, когда происходитъ соглашеніе объ отсрочкѣ.

1. *Отсрочка* помимо воли субъектовъ отношенія наступаетъ только въ силу закона, связывающаго такой результатъ съ наличностью извѣстныхъ условій. Въ прежнее время нерѣдко бывали случаи, когда правительства давали отсрочку по всѣмъ обязательствамъ, такъ называемыя moratoria или у насъ «полѣтныя грамоты». Подобные случаи возможны и теперь, напр., въ виду смятенія и бѣгства населенія изъ городовъ, пораженныхъ холерою, такъ что задерживаются всѣ дѣла, или, напр., въ виду запутанности въ юридическихъ сдѣлкахъ, какую можетъ произвести рѣзкая перемѣна таможенной политики. Но подобная мѣра должна быть принята, чтобы имѣть юридическую силу, только въ законодательномъ порядкѣ. Подобныя

отсрочки для векселей были установлены въ 1905 и 1906 г. по случаю народныхъ волненій, или въ 1910 году для города Могилева по случаю постигшаго его пожара (собр. уз. и расп. пр. № 101, ст. 1098). Однако, и внѣ этихъ чрезвычайныхъ случаевъ, наше законодательство допускаетъ отсрочку въ исполненіи помимо воли вѣрителя. Когда, независимо отъ добровольнаго согласія вѣрителей и должника, надъ дѣлами послѣдняго, рѣшеніемъ большинства кредиторовъ, назначена будетъ администрація, то меньшинство кредиторовъ должно подчиниться необходимой отсрочкѣ по своимъ обязательствамъ (уст. суд. торг. ст. 392).

2. Независимо отъ воли должника и вѣрителя *срокъ обязательства наступаетъ ранѣе условленнаго* въ случаѣ несостоятельности. Отлагая время исполненія, вѣритель вѣритъ въ исполнительность должника. Несостоятельность разрушаетъ эту вѣру, а потому и теченіе срока должно остановиться. По этому соображенію, и особенно въ виду удобствъ конкурснаго производства, признается нашимъ законодательствомъ, что, въ случаѣ объявленія должника несостоятельнымъ, по всѣмъ его обязательствамъ срокъ считается наступившимъ, хотя бы въ дѣйствительности время исполненія еще не пришло (уст. суд. торг., ст. 412). По новому вексельному уставу, вслѣдствіе непринятія переводнаго векселя—векселедержатель въ правѣ, не ожидая срока платежа, потребовать отъ отвѣтственныхъ по векселю лицъ удовлетворенія (уст. векс. ст. 100 п. 1).

Упущеніе срока исполненія, все равно, выражается ли оно въ неисполненіи со стороны должника или въ непринятіи со стороны вѣрителя, составляетъ *просрочку*. Являясь выраженіемъ неисправности того или другого субъекта, просрочка влечетъ за собою весьма важныя юридическія послѣдствія. Наличность просрочки опредѣляется слѣдующими признаками: a) существованіе права требованія, не подверженнаго спору, b) пропускъ срока, назначеннаго для исполненія обязательства, c) напоминаніе со стороны вѣрителя, если только должникъ не обязанъ былъ самъ приступить къ исполненію, или непринятое предложеніе исполненія со стороны должника, и d) вина одного изъ субъектовъ отношенія, вслѣдствіе которой не состоялось своевременное удовлетвореніе.

Просрочка со стороны неисправнаго должника порождаетъ для него новую обязанность, не освобождая притомъ отъ первой,—возмѣстить весь ущербъ, причиненный вѣрителю не-

исполненіемъ обязательства въ срокъ. Если, напр., дѣйствіе состояло въ доставленіи товаровъ, то пониженіе цѣны послѣднихъ падаетъ на должника, потому что вѣритель, при своевременномъ полученіи ихъ, могъ бы продать по цѣнѣ, стоявшей на рынкѣ въ то время. Во-вторыхъ, просрочка имѣетъ для должника то невыгодное послѣдствіе, что увеличиваетъ его отвѣтственность. Тамъ, гдѣ случай освобождалъ должника отъ его отвѣтственности, для него уже нѣтъ оправданія при просрочкѣ, такъ какъ вѣритель въ правѣ утверждать, что при своевременномъ исполненіи, если бы данная вещь находилась въ рукахъ его, вѣрителя, случай не имѣлъ бы мѣста. Напр., по договору поклажи гибель отданной на сохраненіе вещи безъ вины пріемщика уничтожаетъ право покладчика требовать свою вещь обратно. Но если на заявленное требованіе покладчика пріемщикъ промедлилъ отдачею, и вещь послѣ того погибла, — пріемщикъ обязанъ возмѣстить потерянную цѣнность (т. X ч. 1 ст. 2105). Конечно, должнику вполнѣ открыта возможность доказывать, что просрочка не имѣла вліянія и вещь погибла бы, если бы даже и состоялось своевременное исполненіе. Такое оправданіе, однако, слишкомъ затруднительно, хотя и не невозможно.

Просрочка со стороны вѣрителя наступаетъ тогда, когда онъ уклоняется отъ принятія своевременно предложеннаго ему исполненія, которое при томъ вполнѣ соотвѣтствуетъ его праву требованія. Послѣдствіемъ такой просрочки является обязанность для вѣрителя возмѣстить тотъ ущербъ, который онъ причинилъ должнику уклоненіемъ. Напр., должникъ доставилъ товаръ вполнѣ согласно условію, а вѣритель не соглашается принять его подъ предлогомъ несоотвѣтствія въ качествахъ: если храненіе товара сопряжено съ необходимостью нанять помѣщеніе и подводы для перевозки, то всѣ эти расходы падаютъ на вѣрителя. Второе послѣдствіе просрочки со стороны вѣрителя состоитъ въ уменьшеніи степени отвѣтственности, лежащей на должникѣ. Тамъ, гдѣ онъ отвѣчалъ за малѣйшее невниманіе, напр., при ссудѣ, онъ отвѣчаетъ уже только за грубую неосторожность. Наконецъ, третье, возможное, послѣдствіе заключается въ обязанности уплатить неустойку, законную или договорную, если таковая установлена.

IV. Субъекты исполненія. Исполненіе обязательства должно быть произведено надлежащимъ лицомъ надлежащему лицу, т.-е. тѣмъ и тому кто является должникомъ и вѣрите-

лемъ по данному отношенію. Исполненіе только тогда освобождаетъ должника отъ лежащей на немъ обязанности, когда оно будетъ произведено вѣрителю или его представителю, насколько послѣдній уполномоченъ на принятіе даннаго исполненія. Удовлетвореніе всякаго другого, какъ бы онъ ни былъ близокъ вѣрителю (жена, дѣти), не составляетъ исполненія.

Однако, исполненіе можетъ быть произведено въ нѣкоторыхъ случаяхъ и не самому вѣрителю, прекращая тѣмъ не менѣе обязательственное отношеніе. Если вѣритель уклоняется отъ принятія платежа, то должникъ можетъ представить должную сумму въ присутственное мѣсто (окружный судъ или мировому судьѣ) по принадлежности (т. X ч. 1 стт. 1651, 1652, 2055, 2110). Эти деньги вѣритель можетъ получить во всякое время. По вопросу о внесенныхъ въ депозитъ суда деньгахъ можно держаться двоякаго мнѣнія. Если разсматривать этотъ актъ именно какъ депозитъ, то необходимо признать за должникомъ право взять деньги обратно, какъ свои, пока онѣ не были приняты вѣрителемъ. Такова точка зрѣнія французскаго (§ 1261) и германскаго (§ 376) законодательства, при чемъ послѣднее дѣлаетъ весьма существенныя ограниченія. Если же смотрѣть на депозитъ, какъ на платежъ, придется придти къ иному заключенію: депозитъ приравняется платежу, а потому право на денежную сумму должно съ момента взноса принадлежать вѣрителю. Наша практика примкнула къ первому взгляду и признала, что, пока внесенныя должникомъ въ присутственное мѣсто деньги не будутъ выданы надлежащему лицу, до тѣхъ поръ онѣ составляютъ собственность должника (кас. рѣш. 1880, № 92).

Въ иныхъ случаяхъ должникъ не только можетъ, но и обязанъ производить исполненіе не самому вѣрителю, а другому лицу. Такъ, если вѣритель—лицо недѣеспособное, то исполненіе слѣдуетъ произвести его законному представителю, напр., при малолѣтствѣ, расточительности. Также въ случаѣ несостоятельности исполненіе не должно производить въ пользу самого несостоятельнаго, а только въ пользу конкурса. Юридическія лица принимаютъ исполненіе не непосредственно, а черезъ представителей. При обезпеченіи исковъ, а также при обращеніи взысканія на имущество отвѣтчика всѣ слѣдуемые въ его пользу платежи отъ третьихъ лицъ, по предъявленіи послѣднимъ исполнительнаго листа, должны быть производимы не вѣрителю, а приставу или судебному установленію (уст. гр. суд. стт. 631—640, 1078).

Съ другой стороны, исполненіе должно быть совершено надлежащимъ лицомъ, т.-е. лицомъ обязаннымъ. Такъ какъ въ силу обязательства вѣритель имѣетъ право на извѣстное дѣйствіе, то индивидуальность должника имѣетъ настолько значенія, насколько содержаніе обязательства связано съ личными качествами должника. Такъ, напр., личный наемъ, довѣренность, товарищество, коммиссія обусловливаются способностью, знаніемъ, опытностью, искусствомъ должника, и потому вѣритель заинтересованъ, чтобы обязательство было исполнено тѣмъ именно лицомъ, которое къ тому обязалось. Напротивъ, во многихъ обязательственныхъ отношеніяхъ интересъ вѣрителя не связанъ съ личностью должника, и потому, съ точки зрѣнія цѣли обязательства, безразлично, кѣмъ оно будетъ выполнено. Напр., для вѣрителя все равно, кто ему уплатитъ деньги, передастъ купленную вещь, доставитъ предметы, измѣряемые вѣсомъ или счетомъ. Поэтому слѣдуетъ признать, что обязательство должно считаться выполненнымъ, хотя бы дѣйствіе было произведено и не тѣмъ лицомъ, которое къ тому обязалось, а постороннимъ, предлагающимъ исполненіе по какимъ бы то ни было соображеніямъ. Не какъ исключеніе, а какъ общее правило, должно разсматриваться постановленіе нашего законодательства, что векселедержатель, въ случаѣ неудовлетворенія со стороны должника, не въ правѣ отвергнуть платежъ отъ третьяго лица (уст. векс. ст. 86). Допустить противоположное правило, т.-е. признать, что вѣритель можетъ отклонить исполненіе, предлагаемое со стороны посторонняго, а не со стороны самого должника, значило бы допустить право безъ наличности объективнаго интереса, значило бы покровительствовать возможности кредитору держать въ своихъ рукахъ должника изъ личныхъ соображеній, безъ всякаго имущественнаго интереса. Въ противоположность римскому праву, которое держалось принципа индивидуальности обязательствъ, новѣйшія законодательства, въ видѣ общаго принципа, признаютъ личную замѣняемость при исполненіи обязательства, насколько дѣйствіе, составляющее его содержаніе, не обусловлено личностью должника (герм. гражд. улож. § 267, швейц. гражд. код. § 68).

§ 37.

Измѣненіе лицъ въ обязательствѣ.

Литература: Мышъ, *О передачѣ правъ по договымъ обязательствамъ* („Суд. Вѣстн.“, 1873, № 198); Анненковъ, *Цессія договорныхъ правъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1891, № 2).

I. Исходныя начала. Между взглядомъ римскаго права на обязательство и взглядомъ современныхъ законодательствъ, на которыя оказалъ вліяніе торговый оборотъ, замѣчается значительное различіе. Римское право придерживалось принципа индивидуальности обязательствъ, считало обязательственное отношеніе чисто личнымъ, возникшимъ и имѣющимъ силу только между опредѣленными лицами, а потому измѣненіе лицъ равносильно измѣненію самаго обязательства. Такимъ образомъ съ точки зрѣнія римскаго права, сущность обязательства состоитъ въ личной связи, тогда какъ съ современной точки зрѣнія—сущность его заключается въ имущественномъ интересѣ, соединенномъ съ обязательственнымъ отношеніемъ. Соотвѣтственно тому, римское обязательство отличалось неподвижностью, тогда какъ современное обязательство, наоборотъ, представляется въ высшей степени подвижнымъ и способнымъ къ измѣненію своего личнаго состава.

Въ то время, какъ во Франціи давно была признана передаваемость обязательствъ, по крайней мѣрѣ съ активной стороны (§ 1689), въ Германіи, гдѣ вліяніе римскаго права несравненно сильнѣе, многіе ученые упорно отрицали способность обязательствъ къ измѣненію личнаго состава, несмотря на то, что жизнь ежедневно представляла примѣры перехода обязательствъ изъ рукъ въ руки. Новое германское уложеніе отрѣшилось отъ взгляда римскаго права. Обязательственныя права могутъ быть передаваемы вѣрителемъ другому лицу, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда такой уступкѣ не соотвѣтствуетъ содержаніе обязательства или прямое соглашеніе вѣрителя съ должникомъ (§§ 398 и 399). Но германское право пошло дальше и впервые рѣшилось признать, что обязательственное отношеніе сохраняется даже при замѣнѣ должника другимъ лицомъ. Допустимость замѣны на пассивной сторонѣ, оставшаяся чуждой французскому праву, введена германскимъ гражданскимъ уложеніемъ 1896 года подъ именемъ Schuldübernahme (§ 414),

а затѣмъ подхвачена новымъ швейцарскимъ закономъ объ обязательствахъ 1911 года (§ 175).

II. Перемѣна активнаго субъекта. Замѣна субъекта, пріобрѣвшаго право требованія при установленіи обязательства, другимъ субъектомъ можетъ быть основана прежде всего: a) на юридической сдѣлкѣ. Сдѣлка, имѣющая своимъ результатомъ перемѣну лицъ, передачу права,—это договоръ или завѣщаніе. Во всякомъ случаѣ актъ передачи права, называемый цессіею, отличенъ отъ сдѣлки, служащей ему основаніемъ, отъ дарственнаго или возмезднаго отчужденія, хотя чаще всего оба акта сливаются, повидимому, въ одно. Но по существу они такъ же отличны, какъ передача матеріальныхъ вещей и лежащій въ основѣ ея договоръ. Перемѣна активнаго субъекта можетъ быть вызвана и b) судебнымъ рѣшеніемъ, въ случаяхъ, когда отвѣтчикъ не соглашается добровольно передать, будучи къ тому обязаннымъ, или при обращеніи взысканія на имущество отвѣтчика (уст. гр. суд. ст. 1083). Въ основаніи перемѣны активнаго субъекта можетъ быть и c) законъ, связывающій такой результатъ съ какимъ-нибудь юридическимъ фактомъ, напр., со смертью вѣрителя, или съ платежомъ со стороны поручителя долга кредитору, послѣ чего право требованія само собой переходитъ къ поручителю (т. X ч. 1, ст. 1558, п. 3).

Къ измѣненію вѣрителя по добровольной передачѣ безъ согласія должника способны вообще всѣ обязательства, въ предположеніи, что должнику безразлично, кому произвести то дѣйствіе, которое онъ обязанъ исполнить. Наше законодательство не признаетъ, въ видѣ общаго положенія, передаваемости обязательствъ, а указываетъ только на отдѣльные случаи. Такъ, заемное письмо, если только оно не обезпечено залогомъ, можетъ переходить къ другому лицу (т. X ч. 1 ст. 2058). Допускается также передача маклерскихъ торговыхъ записокъ на продажу товаровъ (уст. торг. ст. 698), грузовыхъ росписей или коносаментовъ (уст. торг. ст. 404), дубликатовъ накладныхъ при желѣзнодорожной перевозкѣ (уст. жел. дор. ст. 78), закладныхъ свидѣтельствъ при продажѣ въ товарныхъ складахъ (т. XI ч. 2, уст. торг., 1903 г., ст. 789), векселей (ус. векс. ст. 17). Исключеніе составляютъ закладныя на движимости или недвижимости, которыя не могутъ переходить по надписямъ (т. X. ч. 1, ст. 1653 и 1678). Въ видѣ общаго правила слѣдуетъ признать, что всѣ обязательства способны къ измѣненію субъектовъ на активной сторонѣ, насколько возможность

къ тому не преграждена содержаніемъ обязательства или закономъ (кас. рѣш. 1871, № 788, 1896, № 2).

При отсутствіи общаго положенія о передаваемости правъ по обязательствамъ, нельзя ожидать въ нашихъ законахъ указанія на форму. Форма передачи указывается только относительно каждаго вида обязательственныхъ отношеній. Если обязательство выражено въ письменной формѣ, то передача происходитъ или надписью на документѣ (напр., вексель), или же врученіемъ документа (бумаги на предъявителя). По мнѣнію Сената передача права требованія, даже по заемному обязательству, можетъ быть совершена не только надписью на самомъ документѣ, но и посредствомъ особаго акта или врученіемъ документа новому кредитору, если только передача подтверждается какими нибудь доказательствами (кас. рѣш. 1871, № 1001, 1873, № 463).

Разсмотримъ тѣ отношенія, которыя порождаетъ передача права по обязательству между должникомъ, новымъ и прежнимъ вѣрителемъ.

1. Отношеніе *между прежнимъ и новымъ вѣрителями* состоитъ въ томъ, что второй занимаетъ мѣсто перваго въ обязательствѣ. Прежній вѣритель отвѣчаетъ передъ новымъ за то, что передалъ ему вполнѣ дѣйствительное право, не имѣющее никакого юридическаго недостатка. Если бы обнаружилось, что переданное право не существуетъ по недѣйствительности обязательства, напр., если оно заключено было несовершеннолѣтнимъ, или же уже исполнено (оплаченное заемное письмо), тогда прежній вѣритель отвѣчаетъ за неосуществленный интересъ. Но онъ, по общему правилу, не обязанъ отвѣчать за то, что новый вѣритель (предполагая дѣйствительность обязательства) не получилъ удовлетворенія отъ должника. Уступая свое мѣсто въ обязательствѣ, прежній вѣритель переноситъ на новаго и рискъ по осуществленію права, который до сихъ поръ лежалъ на немъ. Несправедливо было бы возлагать на него обязанность обезпечить новому вѣрителю осуществимость интереса, когда онъ самъ не имѣлъ этой увѣренности. Вступая въ положеніе прежняго вѣрителя, новый кредиторъ принужденъ довольствоваться тѣми гарантіями, которыя имѣлъ тотъ. Указанное правило выражается слѣдующимъ образомъ: прежній вѣритель отвѣчаетъ за дѣйствительность, но не за осуществимость уступленнаго права по обязательству. Этотъ принципъ признанъ прямо нашимъ законодательствомъ относительно заемныхъ писемъ (т. X ч. 1, ст. 2058).

Однако, законъ всегда можетъ, въ интересахъ кредита, измѣнить примѣненіе этого начала и возложить на прежняго вѣрителя отвѣтственность и за исполнительность должника. Такъ, напр., при передачѣ векселя или варранта, надписатели отвѣчаютъ какъ за дѣйствительность, такъ и за осуществимость права. Подобныя исключенія подлежатъ ограничительному толкованію, а потому отвѣтственность за осуществимость переданнаго права можетъ имѣть примѣненіе только тамъ, гдѣ она указана прямо закономъ.

2. Отношеніе *между прежнимъ вѣрителемъ и должникомъ* прекращается, потому что первый, уступая свое мѣсто другому, выбываетъ изъ обязательства. Прежній вѣритель лишается права обращаться къ должнику съ требованіемъ объ исполненіи, а должникъ не только освобождается отъ своей обязанности, но и не можетъ исполнить въ его пользу, потому что такое исполненіе не освободитъ его передъ новымъ вѣрителемъ, настоящимъ субъектомъ права. Но для этого необходимо, чтобы документъ перешелъ въ руки новаго вѣрителя или же, если передача обязательства не нашла себѣ выраженія въ документѣ, чтобы должникъ былъ увѣдомленъ о переходѣ права.

3. Отношеніе *между новымъ вѣрителемъ и должникомъ* опредѣляется отношеніемъ, существовавшимъ между прежнимъ вѣрителемъ и должникомъ. Нельзя передать правъ больше, чѣмъ самъ имѣешь, а потому новый вѣритель, вступая въ положеніе прежняго, пользуется всѣми обезпеченіями, поручительствомъ, неустойкою, предоставленными первоначальному активному субъекту. Въ то же время онъ принужденъ допустить противъ себя всѣ тѣ возраженія со стороны должника, которыя послѣдній могъ сдѣлать противъ прежняго вѣрителя. Исключеніе изъ этого правила должно быть прямо указано закономъ, какъ это сдѣлано относительно векселей (уст. векс. ст. 33).

II. Перемѣна пассивнаго субъекта. Если признанію возможности перемѣны активнаго субъекта препятствовали юридическіе мотивы, основанные на взглядѣ римскаго права, то противъ допущенія перемѣны пассивнаго субъекта говорятъ соображенія теоретическаго свойства, вытекающія изъ существа обязательства. Если вѣритель вступилъ въ обязательственное отношеніе, такъ это потому, что онъ вѣрилъ исполнительности должника. Возможность со стороны послѣдняго замѣнить себя другимъ, безъ согласія на то вѣрителя, отнимаетъ у этой вѣры всякое основаніе.

Прежде всего мы видимъ перемѣну пассивнаго субъекта, безъ

согласія вѣрителя, въ случаѣ смерти должника: всѣ его обязательства, если они не связаны непосредственно съ его личностью, переходятъ на его преемника. Затѣмъ, при займахъ, обезпеченныхъ залогомъ недвижимости, повсюду обнаруживается стремленіе предоставить должнику право отчужденія заложеннаго дома или имѣнія вмѣстѣ съ лежащимъ на нихъ долгомъ. Въ торговомъ оборотѣ практикуется нерѣдко отчужденіе и пріобрѣтеніе торговыхъ предпріятій въ полномъ ихъ составѣ, съ активомъ и пассивомъ. Послѣдніе два случая могутъ найти себѣ объясненіе. Въ первомъ изъ нихъ обязательство основано на реальномъ кредитѣ, обезпеченность вѣрителя не уменьшается отъ перемѣны должника, потому что остается неприкосновенною цѣнность залога. Во второмъ примѣрѣ кредитъ торговаго предпріятія опирается не на личности предпринимателя, иногда даже неизвѣстнаго вѣрителямъ, а на успѣшномъ ходѣ дѣлъ самого предпріятія; поэтому, опять-таки, съ перемѣною должника обезпеченность вѣрителя не ослабляется. Обобщая приведенные случаи, слѣдуетъ сказать, что замѣна одного должника другимъ безъ согласія вѣрителя могла бы быть допущена законодателемъ, насколько это обстоятельство не лишаетъ и не ослабляетъ основанія вѣры кредитора въ осуществимость его права требованія. Съ согласія кредитора многія обязательства допускаютъ перемѣну субъекта на пассивной сторонѣ безъ измѣненія существа отношенія.

Положительныя законодательства единогласно высказываются противъ допустимости замѣны одного должника другимъ безъ согласія вѣрителя. Переходъ обязательства съ пассивной стороны при согласіи на то вѣрителя считается возможнымъ съ точки зрѣнія новѣйшихъ законодательствъ. Такъ, напр., по германскому гражданскому уложенію должникъ, по договору съ третьимъ лицомъ, можетъ перевести на него свое обязательство, если на то будетъ согласіе вѣрителя (§§ 414, 415). Но современныя тенденціи идутъ дальше. Пробивается идея допустимости перехода обязательствъ съ пассивной стороны и безъ согласія вѣрителя. Именно по германскому торговому уложенію 1897 года (§ 25) и по французскому закону 17 марта 1909 года, при отчужденіи торговаго предпріятія на пріобрѣтателя переходятъ не только права, но и долги по предпріятію безъ испрашиванія согласія вѣрителей, хотя, правда, подъ условіемъ временной отвѣтственности передъ ними обоихъ, т.-е. какъ пріобрѣтателя, такъ и отчуждателя.

Русское законодательство не даетъ общаго руководящаго начала для разрѣшенія настоящаго вопроса, да и относительно отдѣльныхъ случаевъ взглядъ его скорѣй отрицательный, чѣмъ положительный. Наши законы, по общему правилу, не допускаютъ продажи заложенной недвижимости съ переводомъ долга. Однако, при переходѣ заложеннаго въ банкѣ имѣнія отъ одного лица къ другому на новаго пріобрѣтателя переводится долгъ прежняго собственника и переходятъ всѣ вообще обязательства послѣдняго въ отношеніи къ банку (напр., т. XI ч. 2, уст. кред., разд. VI ст. 65). Въ нашей жизни весьма часты случаи передачи квартиры, при чемъ на новое лицо переносится не только право на квартиру, но и обязанности передъ хозяиномъ. По этому вопросу Сенатъ высказалъ мнѣніе, что такая передача квартиры допустима и безъ согласія домохозяина, если прежній наниматель не слагаетъ съ себя обязательства, и недопустима безъ его согласія, если договоръ направленъ къ полной замѣнѣ прежняго нанимателя его преемникомъ (кас. рѣш. 1879, № 256).

§ 38.

Обезпеченіе обязательствъ.

Литература: Исаченко, *О задаткѣ* („Юр. В.“, 1881, № 9); Нолькенъ, *Ученіе о поручительствѣ по римскому праву и новѣйшимъ законодательствамъ*, 1884; Капустинъ, *Древнее русское поручительство* („Юр. Сб. Мейеръ“, 1855); Мейеръ, *Русское гражданское право*, стр. 397—415; Побѣдоносцевъ, *Курсъ*, т. III, стр. 276—318; Гольмстенъ, *Юридическая конструкція добровольной неустойки* („Юр. изслѣд. и статьи“, 1891, стр. 171—178); Пергаментъ, *Договорная неустойка и интересъ въ римскомъ и современномъ гражданскомъ правѣ*, 2 изд. 1906; Мандро, *Неустойка по засмнымъ обязательствамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1876, № 6); Кассо, *Запродажа и задатокъ* („Ж. М. Ю.“, 1903, № 5).

I. Средства обезпеченія. Обязательство даетъ право требовать, но не принуждать къ исполненію дѣйствія, обѣщаннаго должникомъ. Если съ этой стороны нѣтъ и не можетъ быть никакого обезпеченія въ томъ, что установленное обязательство будетъ въ точности исполнено, то, по крайней мѣрѣ, необходимо обезпечить вѣрителю тотъ имущественный интересъ, который для него связывается съ обязательствомъ. Дѣйствительно, все имущество должника отвѣчаетъ за его исполнительность, и если онъ уклоняется отъ исполненія усло-

вленнаго дѣйствія, то интересъ кредитора, соединенный съ этимъ дѣйствіемъ, можетъ быть осуществленъ принудительно изъ имущества должника: часть этого имущества, а если нужно, то и все имущество, будетъ продано общественною властью, и полученная цѣнность пойдетъ на удовлетвореніе кредитора. Но нерѣдко вѣрителю можетъ грозить опасность, что этого имущества окажется недостаточно для удовлетворенія всѣхъ предъявленныхъ къ нему требованій. Въ виду возможности подобныхъ послѣдствій, вѣрители стараются обезпечить себя заранѣе или привлеченіемъ къ обязательству другихъ лицъ, имущество которыхъ также отвѣчало бы за обязательство должника, или же выдѣленіемъ изъ всего состава имущества должника извѣстной, индивидуально опредѣленной части, которая должна служить исключительнымъ средствомъ удовлетворенія только даннаго требованія, съ устраненіемъ прочихъ кредиторовъ. Этой цѣли отвѣчаютъ поручительство и залогъ. Иногда кредиторъ бываетъ чрезвычайно заинтересованъ въ томъ, чтобы должникъ исполнилъ то именно дѣйствіе, къ которому онъ обязался. Поэтому онъ старается побудить его къ точному выполненію опасеніемъ еще болѣе невыгодныхъ послѣдствій при уклоненіи. Этой цѣли служатъ по преимуществу задатокъ и неустойка.

Такимъ образомъ, средствами обезпеченія обязательствъ являются: 1) задатокъ, 2) неустойка, 3) поручительство и 4) залогъ и закладъ. Законъ нашъ говоритъ, что договоры и обязательства по обоюдному согласію могутъ быть укрѣпляемы и обезпечиваемы: 1) поручительствомъ, 2) условіемъ неустойки, 3) залогомъ недвижимости и 4) закладомъ движимости (т. X ч. 1 ст. 1554). О задаткѣ здѣсь не упоминается, но все же необходимо восполнить этотъ пробѣлъ въ виду частичныхъ указаній закона на задатокъ и бытового значенія этой формы обезпеченія. Въ практикѣ встрѣчаются и нѣкоторые иные способы, напр., отнятіе паспорта или задержаніе самого должника. Однако, та и другая мѣра, какъ совершенно противозаконныя, не могутъ составить предмета нашего разсмотрѣнія.

II. Задатокъ. «Можно смѣло сказать, замѣчаетъ Исаченко, что ни одна сдѣлка, заключаемая русскимъ народомъ, въ которой исполненіе предполагается во времени, не обходится безъ задатка: совершается ли купля-продажа, покупщикъ даетъ задатокъ продавцу; заключается ли договоръ о наймѣ имущества или о личномъ наймѣ, наниматель даетъ задатокъ; под-

ряжается ли кто-либо доставить, устроить, сдѣлать, задатокъ дается подрядчику; стоитъ выйти въ базарный день на рынокъ въ любомъ русскомъ городишкѣ, чтобы увидѣть, что крестьянинъ не всегда повезетъ съ рынка какой-нибудь мѣшокъ хлѣба или овса, не получивъ прежде задатка». Дѣйствительно, задатокъ имѣетъ въ русскомъ быту громадное значеніе, какимъ онъ далеко не пользуется на Западѣ. Тѣмъ болѣе странно отсутствіе въ русскомъ законодательствѣ общихъ постановленій о задаткѣ, котораго оно касается только по поводу запродажи, казенныхъ подрядовъ и поставокъ, а также продажи съ торговъ.

Задаткомъ называется производимая при самомъ заключеніи договора уплата части денежной суммы, слѣдуемой отъ одного лица другому за исполненіе условленнаго дѣйствія. Задатокъ возможенъ въ тѣхъ обязательственныхъ отношеніяхъ, въ которыхъ одно лицо обязывается уплатить другому денежную сумму. Задатокъ составляетъ предварительное исполненіе, уплату части ранѣе того времени, когда должно быть уплачено все. Поэтому не подходитъ подъ понятіе о задаткѣ обозначаемое этимъ же названіемъ взятіе нѣкоторой суммы въ обезпеченіе выполненія личной услуги, напр., при наймѣ рабочихъ, извозчиковъ наниматели берутъ съ нихъ «въ задатокъ» 20 или болѣе копѣекъ. Здѣсь денежная сумма уплачивается не тѣмъ, кто долженъ платить, а тѣмъ, кто долженъ получить. Такое отношеніе неправильно называется задаткомъ, потому что это залогъ. Слѣдуетъ замѣтить, что съ бытовой точки зрѣнія задатокъ имѣетъ двоякое значеніе: a) способа обезпеченія обязательствъ и b) момента совершенія договора. По народному представленію, какъ скоро задатокъ данъ и принятъ, значитъ договоръ заключенъ безповоротно. Здѣсь мы разсматриваемъ задатокъ только въ первомъ его значеніи.

Обезпеченіе, достигаемое задаткомъ, заключается въ томъ, что лицо, уплатившее задатокъ, заинтересовано уже въ исполненіи обязательства, потому что въ противномъ случаѣ оно рискуетъ задаточною суммою. Значеніе выданнаго и полученнаго задатка состоитъ въ томъ, что при неисполненіи дѣйствія, составляющаго содержаніе обязательства, лицо, давшее задатокъ, теряетъ его (уст. гражд. суд. ст. 1067 и 1176), а лицо, получившее задатокъ, если не исполнитъ своей обязанности, должно возвратить его. Въ томъ случаѣ, когда неисполненіе наступаетъ по винѣ лица, получившаго задатокъ или безъ вины кого-либо изъ контрагентовъ, вслѣдствіе случайной невозмож-

ности, задатокъ долженъ быть возвращенъ (т. X ч. 1 ст. 1518). Такого, единственно правильнаго и юридически возможнаго, взгляда на задатокъ придерживалась первоначально кассаціонная практика, пока позднѣе не стала постепенно уклоняться отъ него и, наконецъ, признала, что лицо, давшее задатокъ, не теряетъ права на обратное полученіе его, если даже исполненіе не осуществилось по его винѣ (кас. рѣш. 1874, № 859). Вмѣстѣ съ такимъ выводомъ отвергается всякое значеніе за задаткомъ. Впрочемъ впослѣдствіи Сенатъ самъ отказался отъ этого взгляда (кас. рѣш. 1892, № 12).

Трудность вопроса заключается въ томъ, освобождается ли лицо, давшее задатокъ, оставленіемъ его въ рукахъ получившаго, отъ своей главной обязанности, прекращается ли его обязательство съ потерею задатка или нѣтъ? Напр., кто-нибудь нанимаетъ квартиру на годъ и даетъ хозяину дома задатокъ, а потомъ находитъ болѣе удобное помѣщеніе. Можно ли считать его освобожденнымъ отъ договора имущественнаго найма или же онъ продолжаетъ быть связаннымъ, и хозяинъ дома можетъ взыскать съ него всю плату за квартиру? Присоединеніемъ задатка къ обязательственному отношенію послѣднее не измѣняется, а только осложняется. Право лица, получившаго задатокъ, не уменьшается, а, напротивъ, «укрѣпляется» вслѣдствіе обезпеченія обязательства. Поэтому отъ него зависитъ или удовольствоваться оставшимся въ его рукахъ задаткомъ, или же настаивать на исполненіи обязательства, потому что это право принадлежало бы ему, если бы обязательство не было обезпечено. Обращаясь къ приведенному примѣру, мы должны разрѣшить его въ томъ смыслѣ, что хозяинъ дома, воспользовавшись задаткомъ, можетъ считать обязательство расторгнутымъ и отдать квартиру другому: но онъ можетъ, если квартира останется пустою, требовать отъ нанимателя, чтобы тотъ уплатилъ ему наемную плату за весь условленный срокъ, зачитывая въ нее полученный задатокъ. Въ жизни практикуется первый способъ, и получившій задатокъ считаетъ себя удовлетвореннымъ оставшеюся въ его рукахъ суммою.

Другой вопросъ: можетъ ли лицо, получившее задатокъ, освободиться отъ обязательства, возвративъ задатокъ? На это слѣдуетъ отвѣтить отрицательно (т. X ч. 1 ст. 1513). Дѣло выяснится, если мы откинемъ усложняющій элементъ, задатокъ: если безъ задатка обязанное лицо не могло по своей волѣ освободиться отъ обязательственнаго отношенія, то оно

не можетъ уклоняться отъ исполненія и при укрѣпленіи отношенія посредствомъ задатка. Тѣмъ менѣе можетъ быть рѣчь объ освобожденіи лица, получившаго задатокъ, возвращеніемъ его, что на его обязанность задатокъ не оказалъ никакого вліянія, такъ какъ онъ связалъ другое лицо, давшее задатокъ, а лицу, получившему его, онъ только обезпечилъ право требованія.

III. Неустойка. Бытовое значеніе неустойки представляется также очень большимъ. Она имѣетъ широкое примѣненіе во всевозможныхъ сдѣлкахъ, облеченныхъ въ письменную форму. Она играетъ нерѣдко неблаговидную роль въ жизни, являясь могучимъ средствомъ, которымъ пользуется кредиторъ, чтобы держать въ своихъ рукахъ запутавшагося въ дѣлахъ должника. *Подъ неустойкою, какъ средствомъ обезпеченія, понимается присоединенное къ главному обязательству дополнительное условіе о платежѣ должникомъ извѣстной суммы въ случаѣ неисправности въ исполненіи.* Обезпеченіе, доставляемое неустойкою праву требованія по обязательству, состоитъ въ томъ, что должникъ побуждается къ точному исполненію своей обязанности опасеніемъ осложненія ея, увеличенія содержанія дѣйствія, составляющаго предметъ обязательства.

Какъ и задатокъ, неустойка имѣетъ двоякое значеніе, являясь не только средствомъ обезпеченія обязательства, но и способомъ опредѣлить размѣръ вознагражденія за отступленіе отъ обязательства. Неустойка имѣетъ въ виду или 1) побудить должника къ исполненію страхомъ невыгодныхъ послѣдствій (штрафъ за неисправность), или 2) установить заранѣе размѣръ причиненнаго неисполненіемъ ущерба, особенно когда доказываніе величины его представляется затруднительнымъ (вознагражденіе за ущербъ). Примѣромъ первой цѣли неустойки можетъ служить договоръ о наймѣ квартиры, по которому хозяинъ дома выговариваетъ себѣ право требовать за каждый день просрочки въ платежѣ квартирной платы извѣстный процентъ со слѣдуемой суммы. Примѣромъ неустойки второго рода можетъ служить договоръ между антрепренеромъ и артистомъ, обязывающій послѣдняго, въ случаѣ уклоненія отъ контракта, заплатить опредѣленную сумму денегъ. Согласно двойственному своему назначенію, неустойка имѣетъ двоякаго рода послѣдствія: 1) или усложняетъ обязательственное отношеніе въ томъ смыслѣ, что, не освобождая должника отъ главной обя-

занности, налагаетъ на него еще новую тягость; 2) или же измѣняетъ прежнее обязательственное отношеніе, превращая его въ новое, альтернативное, въ силу котораго должникъ можетъ или исполнить условленное дѣйствіе, или заплатить извѣстную сумму денегъ.

Наше законодательство понимаетъ неустойку, какъ общее правило, въ первомъ его значеніи. Это видно изъ того, что «неустойка опредѣляется закономъ за неисправность» (ст. 1574 т. X ч. 1), «неустойка, опредѣленная въ самомъ договорѣ, взыскивается въ томъ количествѣ, какое назначено, но независимо отъ взысканія по неисполненію самаго договора, который и при взысканіи неустойки остается въ своей силѣ, развѣ бы въ содержаніи договора было изъяснено, что платежомъ неустойки онъ прекращается» (т. X ч. 1 ст. 1585). По взгляду нашей практики, неустойка есть не что иное, какъ штрафъ за неисправность въ исполненіи договора (кас. рѣш. 1903, № 71). Отказываясь отъ грамматическаго толкованія ст. 1585 и основываясь на предполагаемомъ происхожденіи ея изъ австрійскихъ источниковъ, Пергаментъ полагаетъ, что у насъ неустойка имѣетъ основное значеніе—вознагражденіе за ущербъ. Но историческіе доводы не въ состояніи уничтожить достаточно яснаго смысла дѣйствующей статьи.

Однако, не слѣдуетъ придерживаться буквальнаго смысла словъ закона и придавать неустойкѣ непремѣнно значеніе перваго рода, если стороны и не указали въ договорѣ, что платежомъ неустойки онъ прекращается. Нерѣдко, помимо явнаго условія, смыслъ неустойки обнаруживается изъ всего содержанія обязательства. Напр., въ контрактѣ антрепренера съ опернымъ пѣвцомъ сказано, что, въ случаѣ отказа пѣть въ спектаклѣ, артистъ платитъ каждый разъ 200 рублей неустойки; здѣсь очевидно, что если артистъ пропуститъ извѣстный спектакль, то антрепренеръ можетъ только взыскивать неустойку, а не настаивать на участіи въ бывшемъ спектаклѣ.

Неустойка опредѣляется: 1) закономъ и 2) договоромъ (т. X ч. 1 ст. 1573). *Законная неустойка* опредѣляется за неисправность: въ платежѣ по заемнымъ обязательствамъ между частными лицами, въ исполненіи по обязательствамъ съ казною (т. X ч. 1 ст. 1574), въ исполненіи по перевозкѣ, принятой на себя желѣзною дорогой (уст. жел. дор. ст. 110). Законная неустойка во всякомъ случаѣ непримѣнима къ обязательствамъ, обезпеченнымъ залогомъ недвижимости (т. X ч. 1 ст. 1575). Замѣ-

тимъ, однако, что законная неустойка установлена за неплатежъ своевременно долга не по всѣмъ обязательствамъ, изъ которыхъ возникаетъ долгъ одного лица другому, а только по обязательствамъ, возникающимъ изъ займа денегъ (кас. рѣш. 1877, № 208), такъ что, напр., хозяинъ дома не въ правѣ требовать отъ неисправнаго квартиранта законной неустойки. Къ неустойкѣ, обезпечивающей обязательство, не относится установленная закономъ неустойка за неправое владѣніе чужими капиталами (т. X ч. 1 ст. 641). Законная неустойка по заемнымъ обязательствамъ установлена въ размѣрѣ 3% со всей долговой суммы, а если исполненіе должно было производиться періодически, то неустойка можетъ быть взыскана только съ той суммы, платежу которой наступилъ срокъ. Законная неустойка по желѣзнодорожной перевозкѣ установлена въ размѣрѣ 5% провозной платы за каждыя просроченныя сутки, однако, не свыше всей фрахтовой суммы. Существуетъ законная неустойка за нарушеніе договора найма фабричныхъ рабочихъ (уст. пром. ст. 98) и нѣк. др.

Включеніе въ договоръ условія о неустойкѣ въ такихъ случаяхъ, когда она не опредѣлена закономъ, предоставляется обоюдному согласію договаривающихся лицъ (т. X ч. 1 ст. 1583). Изъ смысла этой статьи нельзя никоимъ образомъ выводить, будто въ договорахъ, для которыхъ законъ самъ устанавливаетъ неустойку, невозможно соглашеніе о неустойкѣ, въ чемъ-нибудь уклоняющейся отъ законной. Этотъ взглядъ, раздѣляемый многими юристами, основывается на текстѣ ст. 1583 т. X, ч. 1, которая разрѣшаетъ включать въ договоръ условія о неустойкѣ «въ такихъ случаяхъ, когда оная не опредѣлена закономъ». Но смыслъ этого закона тотъ, что неустойка допускается по взаимному соглашенію даже тогда, когда она не предусмотрѣна закономъ. *Добровольная неустойка*, устанавливаемая по соглашенію, возникаетъ или вмѣстѣ съ главнымъ обязательствомъ, или послѣ того, въ особомъ договорѣ, или даже ранѣе главнаго обязательства (кас. рѣш. 1874, № 625), но въ послѣднемъ случаѣ получаетъ юридическую силу лишь при условіи, если предусмотрѣнное обязательство дѣйствительно возникнетъ. Отношеніе, обезпечивающее другое, предполагаетъ существованіе этого главнаго обязательства. По этой причинѣ недѣйствительность главнаго обязательства или прекращеніе его производятъ тѣмъ самымъ недѣйствительность или прекращеніе дополнительнаго обязательства. Обратно, недѣйствитель-

ность или уничтоженіе по соглашенію неустойки не оказываютъ никакого вліянія на силу главнаго отношенія. Свобода установленія добровольной неустойки, имѣвшая своимъ результатомъ возрастаніе долговой суммы, далеко свыше дѣйствительнаго долга, встрѣтила нѣкоторое стѣсненіе въ законѣ 24 мая 1893 г. о преслѣдованіи ростовщическихъ дѣйствій. Чрезмѣрная неустойка, принятая должникомъ подъ вліяніемъ стѣсненныхъ обстоятельствъ, или скрывающая чрезмѣрный ростъ, признается недѣйствительною, не касаясь силы главнаго обязательства (т. XV, уст. наказ., ст. 180[2]). Законъ этотъ не распространяется на обязательства, вытекающія не изъ договора займа (кас. рѣш. 1896, № 69), а потому нельзя сказать, чтобы у насъ взаимнымъ соглашеніемъ не могла быть назначена произвольно высокая неустойка.

Если неустойка имѣетъ значеніе штрафа за неисправность, а не вознагражденія за ущербъ, то нѣтъ никакого основанія отрицать возможность одновременно со взысканіемъ неустойки требовать и возмѣщенія всѣхъ убытковъ, причиненныхъ неисправностью обязаннаго лица. Такого же мнѣнія держится и Сенатъ (кас. рѣш. 1872, № 588). Въ тѣхъ случаяхъ, когда по договору или по существу отношенія неустойки придано значеніе вознагражденія за вредъ, соединеніе требованій о неустойкѣ и о возмѣщеніи вреда не можетъ быть допущено.

Такъ какъ неустойка представляетъ собою штрафъ за неисправность, то обязанности платить ее не существуетъ, когда неисполненіе обязательства наступаетъ помимо вины обязаннаго лица. Слѣдовательно, если невозможность исполненія обусловливается случайнымъ обстоятельствомъ или виною субъекта права по главному отношенію, право на взысканіе неустойки отпадаетъ (кас. рѣш. 1903, № 71).

IV. Поручительство. Несмотря на свою распространенность, задатокъ и неустойка далеко неспособны достичь цѣли обезпеченія обязательства. Если страхъ передъ неустойкою является побудителемъ къ исполненію обязательства, то дѣйствіе ея стоитъ въ зависимости отъ возможности для должника вообще исполнять свои обязательства. Когда имущественное положеніе его расшаталось, то должникъ не въ состояніи уплатить ни главной суммы, ни неустойки. Задатокъ представляетъ еще менѣе совершенное средство обезпеченія, потому что задаточная сумма бываетъ обыкновенно невелика, иначе выдача ея была бы затруднительна, а между тѣмъ, если для должника

уклоненіе отъ главнаго обязательства представляетъ выгоду, то онъ охотно пожертвуетъ задаткомъ. Какъ средство обезпеченія, поручительство стоитъ несомнѣнно выше, потому что здѣсь къ отвѣтственности привлекаются новыя лица, выбираемыя для этой цѣли въ виду ихъ состоятельности.

Подъ поручительствомъ понимается присоединенное къ главному обязательству дополнительное условіе объ исполненіи его стороннимъ лицомъ, поручителемъ, въ случаѣ неисправности должника. Разсматривая это опредѣленіе, мы находимъ прежде всего, что поручительство есть отношеніе договорное, а потому подъ понятіе о поручительствѣ не подходитъ отвѣтственность однихъ лицъ за другихъ въ силу закона, напр., отвѣтственность попустителей и укрывателей за главнаго виновника (т. X ч. 1 стт. 651 и 652). Не подходитъ, во-вторыхъ, подъ понятіе поручительства также ручательство за дѣйствительность обязательства, напр., въ томъ, что обязывающееся лицо достигло совершеннолѣтія: это отношеніе самостоятельное, не стоящее ни въ какой зависимости отъ исполненія и исправности должника, а потому и не подлежитъ правиламъ, установленнымъ для поручительства (contra кас. рѣш. 1892, № 67). Въ-третьихъ, отвѣтственность поручителя является субсидіарною, т.-е. наступаетъ только въ случаѣ неисправности главнаго должника. Этимъ признакомъ отличается поручительство отъ такихъ отношеній, гдѣ отвѣтственность одного лица стоитъ рядомъ съ отвѣтственностью другого, а не позади, какъ, напр., въ случаяхъ кругового ручательства дворянъ, мѣщанъ или крестьянъ по казеннымъ подрядамъ и поставкамъ, заключаемымъ обществами (т. X ч. 1, пол. каз. подр. и пост. стт. 80 и 81). Въ-четвертыхъ, поручитель обязывается исполнить то самое дѣйствіе, какое обязанъ исполнить должникъ, а не какое-либо другое, а потому подъ понятіе поручительства не подходитъ случай, когда лицо обязывается передъ сдавшимъ вещь на храненіе уплатить стоимость этой вещи, если бы поклажепріемщикъ растратилъ ее (кас. рѣш. 1878, № 28). Законъ не пріурочиваетъ поручительства къ какому-нибудь опредѣленному договору, а потому этимъ способомъ могутъ быть обезпечиваемы всякія юридическія отношенія, изъ которыхъ вытекаетъ долговое обязательство.

Наше законодательство, не давая общаго опредѣленія понятія о поручительствѣ, устанавливаетъ различные виды его. 1) Такъ, законъ раздѣляетъ его на a) *полное* и b) *частичное*, т.-е. поручительство можетъ быть принято во всей суммѣ или

только въ части долга. Если въ договорѣ о поручительствѣ не указано, что оно принимается въ части долга, и въ какой именно, то поручитель отвѣчаетъ во всей суммѣ (т. X ч. 1 ст. 1556). Слѣдовательно, въ случаѣ сомнѣнія предположеніе стоитъ на сторонѣ полнаго поручительства, какъ болѣе сильнаго средства. 2) Другое дѣленіе, устанавливаемое нашимъ законодательствомъ,—это на a) *простое* и b) *срочное* поручительство, т.-е. поручительство можетъ быть дано или только вообще въ платежѣ суммы или въ платежѣ ея на срокъ (т. X ч. 1 ст. 1557). Простое поручительство обезпечиваетъ кредитора съ той стороны, что онъ можетъ обратиться къ отвѣтственному передъ нимъ поручителю при обнаруженной невозможности осуществить свой интересъ въ имуществѣ должника, тогда какъ срочное поручительство обезпечиваетъ кредитора въ томъ отношеніи, что онъ можетъ обратиться къ отвѣтственному передъ нимъ поручителю при обнаруженной неисправности должника. Другіе наши юристы идутъ гораздо далѣе въ различеніи этихъ видовъ поручительства, усматривая въ простомъ субсидіарную, а въ срочномъ—солидарную отвѣтственность поручителя (Нолькенъ). Эта точка зрѣнія, какъ увидимъ ниже, не можетъ быть признана правильной. Тотъ или другой видъ поручительства долженъ быть съ точностью обозначенъ въ самой подписи поручителя. Однако, возможенъ случай, что стороны забудутъ указать, какой видъ поручительства имѣли онѣ въ виду, а между тѣмъ разница въ послѣдствіяхъ простого и срочнаго поручительства очень значительна. На сторону котораго изъ нихъ должно склоняться предположеніе? Принимая въ соображеніе, что срочное поручительство представляетъ форму обязательства болѣе тягостную для должника, нежели простое, и что въ случаѣ сомнѣнія договоръ изъясняется болѣе въ пользу должника, чѣмъ вѣрителя (т. X ч. 1 ст. 1539 п. 5), слѣдуетъ признать, что предположеніе должно быть на сторонѣ простого поручительства. Обратное правило установлено для судебнаго поручительства, которое предполагается срочнымъ, если противоположное не означено (уст. гражд. суд. ст. 642). Главное различіе между срочнымъ и простымъ поручительствомъ сводится къ тому, что по первому поручитель обязывается платить тотчасъ по обнаруженіи неисправности должника, тогда какъ по второму поручитель обязывается платить только по обнаруженіи матеріальной неспособности должника исполнить свое обязательство.

Установленіе поручительства, какъ средства обезпеченія, предполагаетъ существованіе другого, главнаго обязательства: оно возникаетъ или вмѣстѣ съ нимъ, или послѣ, или ранѣе, въ виду его. Поручительство основывается на договорѣ, заключаемомъ по обоюдному соглашенію (т. X ч. 1 ст. 1554) между поручителемъ и кредиторомъ, даже безъ участія должника, такъ какъ на его положеніе поручительство не оказываетъ вліянія (contra Анненковъ). Соглашеніе же между поручителемъ и должникомъ, по которому первый обѣщаетъ поручиться за послѣдняго передъ третьимъ лицомъ, не есть договоръ о поручительствѣ (contra кас. рѣш. 1873, № 1478). Поручительство должно быть выражено или въ томъ же документѣ, или отдѣльно, но во всякомъ случаѣ въ письменной формѣ (т. X ч. 1 ст. 1562). Въ поручительство могутъ вступать всѣ тѣ лица, которыя въ правѣ обязываться по договору вообще (т. X ч. 1 ст. 1555); слѣдовательно, не могутъ быть поручителями несовершеннолѣтніе, сумасшедшіе, расточители, несостоятельные и др.

Переходя къ разсмотрѣнію послѣдствій установленнаго поручительства, мы остановимся на возникающихъ изъ него отношеніяхъ между вѣрителемъ и должникомъ, вѣрителемъ и поручителемъ, поручителемъ и должникомъ.

1. Отношеніе *между вѣрителемъ и должникомъ* по главному обязательству не измѣняется отъ присоединенія поручительства. Но исполненіе обязательства со стороны поручителя прекращаетъ тѣмъ самымъ право вѣрителя противъ должника.

2. Главный интересъ сосредоточивается на отношеніи *вѣрителя къ поручителю*. Вопросъ заключается въ томъ, въ какое время и въ какомъ объемѣ можетъ вѣритель предъявить свое требованіе къ поручителю. По первому вопросу необходимо различать простое и срочное поручительство. а) Если поручительство дано было простое, то поручитель отвѣтствуетъ за долгъ только тогда, когда все имущество признаннаго несостоятельнымъ должника будетъ подвергнуто продажѣ, вырученныя отъ этого деньги распредѣлены между кредиторами и затѣмъ окажется, что этихъ денегъ недостаточно для погашенія того долга, по которому дано поручительство. Такой порядокъ лишилъ бы поручительство всякаго значенія. Поэтому законъ допускаетъ, что вѣритель, если въ срокъ не получитъ удовлетворенія отъ должника, можетъ предложить тотчасъ же поручителю произвести исполненіе за должника. Если поручитель не изъявитъ на то

готовности, то вѣритель въ правѣ просить о наложеніи запрещенія на имущество поручителя для обезпеченія его иска на случай несостоятельности должника (т. X ч. 1 ст. 1558). Это средство служитъ побужденіемъ для поручителя не откладывать своего исполненія, иначе онъ будетъ стѣсненъ въ распоряженіи своимъ имуществомъ въ теченіе того долгаго времени, пока будетъ продолжаться конкурсъ надъ имуществомъ должника. Кромѣ того, поручитель нерѣдко предпочитаетъ немедленно исполнить, чѣмъ выжидать окончанія конкурса, потому что тогда объемъ его отвѣтственности возрастаетъ—онъ долженъ удовлетворить вѣрителя за всѣ убытки и расходы, понесенные отъ несвоевременнаго удовлетворенія. b) Если дано было поручительство на срокъ, то вѣритель можетъ обратиться къ поручителю тотчасъ же по обнаруженіи неисправности должника, во всякомъ случаѣ не позже мѣсяца со времени срока обязательства. Вѣритель не въ правѣ обратиться непосредственно къ поручителю, минуя должника, потому что поручитель отвѣчаетъ за неисправность послѣдняго, которая должна быть предварительно обнаружена. Только удостовѣривъ отказъ должника или ненахожденіе его въ мѣстѣ платежа или объявленіе его несостоятельнымъ, можетъ вѣритель начать взысканіе съ поручителя. Буквальный смыслъ ст. 1560, въ которой говорится, что поручитель отвѣтствуетъ «точно такъ же какъ и самый должникъ», способенъ внушить мысль, что въ срокъ исполненія по обязательству вѣритель можетъ непосредственно обратиться съ требованіемъ платежа къ поручителю, не удостовѣряя неисправности главнаго должника. Таково, повидимому, воззрѣніе нашей судебной практики (кас. рѣш. 1870, № 516, 1908, № 104). Противъ этого необходимо выставить слѣдующее. α) Непосредственное обращеніе къ поручителю противорѣчитъ существу поручительства, какъ оно обрисовывается въ теоріи и въ нашемъ законодательствѣ, въ которомъ оно признается за «укрѣпленіе» обязательства. Какое же укрѣпленіе главнаго обязательства, если вѣритель имѣетъ передъ собой на выборъ двухъ равно отвѣтственныхъ лицъ, должника и поручителя. β) Такому пониманію срочнаго поручительства препятствуетъ сравненіе съ западными законодательствами. Правда, швейцарское законодательство знаетъ солидарное поручительство, въ силу котораго поручитель, какъ содолжникъ, отвѣчаетъ передъ кредиторомъ и безъ предварительнаго обращенія къ должнику (швейц. законъ 1911, § 496),

по другія законодательства, какъ болѣе раннія (франц. гражд. код. § 2011, австр. гражд. улож. § 1355), такъ и новѣйшія (герм. гражд. улож. § 772), предполагаютъ, что вѣритель, обращающійся къ поручителю съ требованіемъ, сдѣлалъ попытку, судебнымъ или внѣсудебнымъ порядкомъ, получить свой долгъ съ должника. γ) Въ пользу отстаиваемаго взгляда говоритъ и текстъ самой ст. 1560, въ которой сказано, что поручитель отвѣтствуетъ точно такъ же, какъ и самый должникъ, «коль скоро сей послѣдній въ срокъ не заплатилъ». Источникъ, на которомъ основана эта статья (уставъ банкротскій 1800, ст. 56) прямо указывалъ, что поручитель отвѣтствуетъ «въ томъ только случаѣ, когда векселъ послѣ протеста не далѣе, какъ въ мѣсяцъ ко взысканію съ должника въ присутственное мѣсто представленъ будетъ».

По вопросу объ объемѣ требованія вѣрителя, слѣдуетъ замѣтить, что вѣритель можетъ требовать отъ поручителя всего того, что обязанъ былъ выполнить должникъ, если только поручительство не было частичнымъ. Поручитель отвѣчаетъ также и за всѣ расходы, понесенные вѣрителемъ при взысканіи. Когда по одному обязательству поручилось нѣсколько лицъ вмѣстѣ, то каждый отвѣчаетъ лишь въ той части, какая придется на его долю по числу поручителей, а при несостоятельности которагонибудь изъ поручителей, его доля распредѣляется между прочими (т. X ч. 1 ст. 1558 п. 5). Хотя это правило установлено закономъ только для простого поручительства, но, въ виду молчанія закона, мы должны распространить силу его и на срочное поручительство, такъ какъ солидарность не предполагается, пока не установлена договоромъ или закономъ (т. X ч. 1 ст. 1548; contra кас. рѣш. 1890, № 58). Такимъ образомъ, при наличности нѣсколькихъ поручителей, между ними устанавливается долевое обязательство, если солидарность прямо не установлена соглашеніемъ.

3. Отношеніе *между поручителемъ и должникомъ* сводится къ тому, что поручитель, исполнивъ за должника его обязательство передъ вѣрителемъ, самъ становится на мѣсто вѣрителя и можетъ требовать, чтобы ему возвращено было все истраченное въ чужомъ интересѣ. Онъ имѣетъ право на возвращеніе ему не только уплаченной суммы, но и процентовъ съ этой суммы (т. X ч. 1 ст. 1558 п. 3). Простой поручитель, исполнившій за должника обязательство, не дожидаясь окончанія конкурса, можетъ, какъ вѣритель, участвовать въ кон-

курсѣ надъ несостоятельнымъ должникомъ (т. X ч. 1 ст. 1558 п. 2).

Прекращеніе поручительства наступаетъ по причинамъ, которыя имѣли силу при его установленіи или вслѣдствіе послѣдующихъ обстоятельствъ. Если при самомъ возникновеніи поручительства отсутствовало одно изъ необходимыхъ условій, напр., не было гражданской дѣеспособности у поручителя, то оно признается недѣйствительнымъ, не касаясь силы главнаго обязательства. Поручительство прекращается a) по взаимному согласію вѣрителя и поручителя, b) вслѣдствіе прекращенія главнаго обязательства, c) въ силу сліянія въ одномъ лицѣ вѣрителя и поручителя, должника и поручителя (при наслѣдованіи). Кромѣ того, d) если при простомъ поручительствѣ вѣритель отсрочитъ, по желанію должника, исполненіе обязательства безъ участія въ томъ поручителя, или же въ теченіе 6 мѣсяцевъ со дня наступленія срока платежу не начнетъ взысканія съ должника, то поручитель освобождается отъ всякой отвѣтственности (т. X ч. 1 ст. 1558 п. 4). Такое же правило установлено и для срочнаго поручительства: если вѣритель дѣлаетъ отсрочки по заемному письму, обезпеченному срочнымъ поручительствомъ, или въ теченіе мѣсяца со дня наступленія срока платежу не начнетъ взысканія съ должника, то поручительство прекращается (т. X ч. 1 стт. 2043 и 1560). Если въ указанный мѣсячный срокъ вѣритель предъявилъ искъ къ срочному поручителю, то съ этого момента онъ сохраняетъ право требовать отъ поручителя удовлетворенія въ теченіе всей исковой давности (кас. рѣш. 1905, № 10).

§ 39.

Прекращеніе обязательства.

Литература: Мейеръ, *Русское гражданское право*, стр. 555—561; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 147—217; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. III, стр. 444—490; Адамовичъ, *Встрѣчный искъ (къ ученію о зачетѣ)*, 1899.

I. Исполненіе. Обыкновеннымъ и нормальнымъ способомъ прекращенія обязательства является точное его исполненіе, соотвѣтствующее договорнымъ или законнымъ условіямъ. Обязательство прекращается только тогда, когда оно исполнено тѣмъ лицомъ и тому лицу, кому слѣдовало, въ надлежащее

время и въ надлежащемъ мѣстѣ, наконецъ, надлежащимъ образомъ. Нашъ законъ не указываетъ на этотъ способъ прекращенія, но такое указаніе совершенно излишне, потому что оно вытекаетъ изъ существа обязательственнаго отношенія и не могло бы быть даже устранено закономъ. Притомъ въ гражданскомъ процессѣ отвѣтчикъ можетъ, по словамъ закона, ссылаться на то, что самое право на искъ прекратилось и погашено прежде начатія иска исполненіемъ обязательства (уст. гражд. суд. ст. 589). Съ исполненіемъ главнаго обязательства теряютъ свою силу и сопутствовавшія ему дополнительныя отношенія. Если между данными лицами существовало нѣсколько обязательственныхъ отношеній, содержаніе которыхъ заключалось въ передачѣ денежныхъ суммъ, то вопросъ о томъ, къ какому изъ нихъ слѣдуетъ отнести платежъ извѣстной суммы денегъ, при молчаніи должника, долженъ быть рѣшенъ судомъ на основаніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла. Правила, выработанныя римскимъ правомъ по этому вопросу, не могутъ у насъ имѣть обязательнаго и даже руководящаго значенія, какъ не вполнѣ отвѣчающія логикѣ. По мнѣнію Сената, платежи, произведенные по заемному обязательству безъ объясненія, производятся ли они въ уплату капитала или же процентовъ, зачисляются въ уплату процентовъ (кас. рѣш. 1879, № 103).

II. Замѣна исполненія. Правило о необходимости точнаго исполненія содержанія обязательствъ для прекращенія ихъ силы не исключаетъ возможности прекращенія обязательствъ исполненіемъ иного дѣйствія, если только между вѣрителемъ и должникомъ состоится соглашеніе по этому поводу. Въ такомъ случаѣ подобное дѣйствіе вполнѣ замѣняетъ то дѣйствіе, которое составляло содержаніе обязательства. Но безъ согласія и противъ воли вѣрителя исполненіе должникомъ другого дѣйствія не способно прекратить обязательства. Замѣна исполненія можетъ состоять въ предложеніи однѣхъ вещей вмѣсто другихъ, напр., при поставкѣ цѣнныхъ бумагъ къ извѣстному сроку по опредѣленной цѣнѣ должникъ вмѣсто нихъ предлагаетъ вѣрителю денежную сумму въ размѣрѣ разности между условленной и рыночной цѣною въ срокъ исполненія; купецъ, оказавшійся не въ состояніи заплатить за пріобрѣтенный товаръ, предлагаетъ продавцу взять товаръ обратно съ нѣкоторою доплатою деньгами. Замѣна можетъ состоять также въ предложеніи личныхъ услугъ вмѣсто передачи денежной суммы, напр., крестьянинъ предлагаетъ помѣщику въ

уплату долга свезти съ поля хлѣбъ на гумно. Допустимость такого способа прекращенія обязательствъ по нашему законодательству можетъ быть обоснована тѣмъ, что договаривающіяся стороны могутъ уничтожить договоръ по обоюдному согласію (т. X ч. 1 ст. 1545), предполагается на какихъ угодно условіяхъ (т. X ч. 1 ст. 1530), а слѣдовательно и на условіи замѣны одного дѣйствія другимъ.

III. Новація. Подъ именемъ новаціи понимается прекращеніе обязательственнаго отношенія посредствомъ установленія съ этою цѣлью новаго обязательства. Новація не является превращеніемъ одного обязательства въ другое, а представляетъ прекращеніе одного и установленіе другого. Новое обязательство a) или устанавливается между тѣми же лицами, отличаясь отъ прежняго по своему содержанію, напр., адвокатъ, задолжавшій за квартиру, принимаетъ на себя довѣренность отъ домохозяина по веденію его процесса; b) или устанавливается между иными лицами при сохраненіи прежняго содержанія, при чемъ перемѣна можетъ относиться только къ пассивной сторонѣ, напр., сынъ поступаетъ на фабрику, чтобы отработать за отца. Перемѣна въ обязательствѣ съ активной стороны, составлявшая для римлянъ новацію при ихъ взглядѣ на обязательство, съ современной точки зрѣнія не имѣетъ характера новаціи.

Новація требуетъ наличности извѣстныхъ условій. a) Она предполагаетъ прежде всего существованіе обязательства, которое послужитъ основаніемъ для новаго обязательства. Это обязательство должно быть вполнѣ дѣйствительно, въ противномъ случаѣ и второе обязательство будетъ недѣйствительно, какъ лишенное основанія. Если первое обязательство только опровержимо, то дѣйствительность новаціи будетъ въ зависимости отъ опроверженія новируемаго обязательства. b) Необходимо, чтобы второе обязательство соотвѣтствовало всѣмъ требованіямъ закона, въ противномъ случаѣ недѣйствительность второго обязательства возстановитъ силу перваго, такъ какъ соглашеніе о прекращеніи его состоялось въ предположеніи дѣйствительности второго отношенія. c) Прекращеніе одного обязательства съ цѣлью установить новое основывается на соглашеніи между субъектами перваго обязательства. Этимъ разсматриваемый видъ новаціи отличается отъ принудительной новаціи, какая производится силою судебнаго рѣшенія, измѣняющаго прежнее отношеніе между истцомъ и отвѣтчикомъ, послужив-

шее поводомъ къ спору, въ обязанность подчиниться рѣшенію. Такая судебная новація признана нашею практикою: послѣ постановленія судебнаго рѣшенія объ исполненіи по договору, существовавшія между сторонами въ силу договора отношенія должны быть признаваемы замѣнившимися новыми, установленными вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ, а потому договоръ не можетъ уже служить основаніемъ для требованія неустойки за новое нарушеніе (кас. рѣш. 1880, № 256. d) Соглашеніе должно содержать въ себѣ намѣреніе подвергнуть обязательство новаціи. Прекращеніе одного и установленіе другого обязательства не являются только послѣдовательными дѣйствіями, но находятся въ причинной связи: прежнее прекращается, потому что имѣется въ виду установить другое, новое обязательство устанавливается, потому что имѣется въ виду прекратить первое.

Хотя наше законодательство и не упоминаетъ о новаціи, но возможность ея въ русскомъ быту не подлежитъ сомнѣнію, если принять во вниманіе, что указанныя правила вытекаютъ непосредственно изъ свободы договора и что на волю сторонъ предоставляется включать въ договоръ всякія условія, законамъ не противныя (т. X ч. 1 ст. 1530).

IV. Отмѣна по соглашенію. Всякое обязательственное отношеніе, основанное на договорѣ, на правонарушеніи или на неосновательномъ обогащеніи, можетъ быть во всякое время прекращено соглашеніемъ между вѣрителемъ и должникомъ. Такой договоръ имѣетъ своимъ результатомъ обогащеніе должника и, какъ видъ даренія, требуетъ на то его согласія. Какъ новый договоръ, соглашеніе о прекращеніи обязательства предполагаетъ дѣеспособность сторонъ, а потому такая сдѣлка, совершонная лицомъ несостоятельнымъ, не достигнетъ желаемаго результата, т.-е. не прекратитъ обязательства. Возможность разсматриваемаго способа прекращенія обязательственныхъ отношеній, съ точки зрѣнія нашего законодательства, не подлежитъ никакому сомнѣнію, такъ какъ договаривающіяся стороны могутъ уничтожить договоръ по обоюдному согласію во всякое время (т. X ч. 1, ст. 1545). Если сторона, имѣющая по договору право требовать исполненія, отступится добровольно отъ своего права въ цѣломъ договорѣ или въ части, тогда дѣйствіе договора въ цѣломъ его составѣ или въ части прекращается. Но такая уступка недѣйствительна, если она учинена во вредъ третьему лицу (т. X ч. 1 ст. 1547), а такой случай

можетъ представиться, если впослѣдствіи вѣритель объявленъ будетъ несостоятельнымъ.

V. Невозможность исполненія. Невозможность исполненія того дѣйствія, которое составляетъ содержаніе обязательства, смотря по причинамъ ея наступленія, или прекращаетъ обязательственное отношеніе или, напротивъ, осложняетъ его. Невозможность исполненія бываетъ: 1) первоначальная, когда она существовала при самомъ установленіи обязательства, и 2) послѣдующая, когда она наступаетъ послѣ этого момента. Какъ та, такъ и другая представляютъ два вида: 1) объективная и 2) субъективная невозможность. Первая имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда исполненіе обязательства, съ самаго начала или впослѣдствіи, оказывается невозможнымъ для каждаго вообще человѣка. Вторая, субъективная невозможность обнаруживается тогда, когда исполненіе дѣйствія, возможное вообще, невозможно только для даннаго должника. Наконецъ, невозможность исполненія различается смотря по тому, наступаетъ ли она: 1) случайно или 2) по винѣ самого должника. Первоначальная объективная невозможность дѣлаетъ недѣйствительнымъ обязательство, а потому и прекращеніе его представляется излишнимъ. Первоначальная субъективная невозможность не вліяетъ на силу обязательства и можетъ быть позднѣе, при исполненіи, совершенно устранена. Послѣдующая объективная невозможность прекращаетъ обязательственное отношеніе, если она наступила случайно, и не прекращаетъ, если она наступила по винѣ должника. Послѣдующая субъективная невозможность не вліяетъ вовсе на прекращеніе обязательства, а создаетъ для должника, за невозможностью исполнить условленное дѣйствіе, обязанность возмѣстить весь причиненный тѣмъ ущербъ. Невозможность исполненія обязательства одною стороною освобождаетъ отъ исполненія въ двустороннемъ обязательствѣ и другую сторону отъ лежащей на ней обязанности, а въ случаѣ, если она уже исполнила свою обязанность, то создаетъ право потребовать обратно переданнаго безъ достаточнаго основанія (герм. гражд. улож. § 275, швейц. обяз. законъ § 119); такъ, напр., покупщикъ освобождается отъ обязанности платить цѣну купленной, но еще не переданной вещи, все равно, погибла ли она случайно или по винѣ продавца; наниматель освобождается отъ обязанности платить арендную плату, если сгорѣлъ наемный домъ по винѣ хозяина или случайно.

Наше законодательство, не давая общаго положенія о прекращеніи обязательства вслѣдствіе послѣдующей объективной и случайной невозможности, даетъ только отдѣльныя указанія по настоящему вопросу. Такъ, напр., пріемщикъ освобождается отъ обязанности возвратить вещь, отданную ему на храненіе, если она погибла отъ пожара, наводненія или иного несчастнаго событія (т. X ч. 1 ст. 2106). Договоръ запродажи прекращается вслѣдствіе невозможности совершить формальный актъ продажи (т. X ч. 1 ст. 1689). Такія же указанія даетъ законъ по поводу договоровъ подряда и поставки, заключаемыхъ казною (пол. о каз. подр. и пост. ст. 216).

VI. Зачетъ. Подъ зачетомъ или компенсаціей понимается способъ прекращенія обязательства посредствомъ взаимнаго погашенія двухъ однородныхъ по содержанію правъ требованія. Если должникъ по одному обязательству имѣетъ въ то же время право требовать отъ своего кредитора въ силу другого обязательства исполненія такого же самаго дѣйствія, то представляется совершенно излишнимъ заставлять его исполнить свою обязанность въ пользу того лица, которое само обязано сейчасъ исполнить то же самое. Освобожденіе должника отъ необходимости исполнить требуемое дѣйствіе является средствомъ удовлетворенія кредитора, потому что послѣдній сохраняетъ у себя то, что онъ долженъ былъ бы отдать и потомъ получить. Наше законодательство не даетъ правилъ для зачета, но самое понятіе о немъ ему не чуждо (уст. гр. суд. ст. 1168; уст. пром. ст. 100; уст. суд. торг. ст. 494). Наша практика, примѣняясь къ общимъ началамъ гражданскаго права, признала допустимость зачета въ обязательственныхъ отношеніяхъ (кас. рѣш. 1882, № 19, 1884, № 127).

Зачетъ возможенъ только при наличности извѣстныхъ условій, необходимость которыхъ вызывается самою природою обязательства и зачета. 1) Необходимо существованіе двухъ обязательственныхъ отношеній между тѣми же лицами, притомъ такъ, чтобы должникъ по одному былъ кредиторомъ по другому и наоборотъ. Не подходитъ, поэтому, подъ понятіе зачета тотъ случай, когда для погашенія одного обязательства предоставляется кредитору право требованія по другому обязательству между иными лицами, напр., должникъ предлагаетъ въ уплату своего долга принадлежащій ему вексель. По той же причинѣ должникъ малолѣтняго не можетъ представлять къ зачету свое требованіе къ опекуну, должникъ товарищества—свое требова-

ніе къ одному изъ товарищей. 2) Содержаніе обязательствъ, представляемыхъ къ зачету, должно быть однородно. Это вытекаетъ изъ того положенія, что кредиторъ не обязанъ принимать исполненія, не соотвѣтствующаго точно условленному. Если представлять себѣ зачетъ, какъ сопоставленіе цѣнностей, тогда необходимо допустить его въ пользу всѣхъ обязательствъ, такъ какъ каждое обязательство имѣетъ цѣнность. Но если имѣть въ виду указанное юридическое основаніе зачета, то зачету могутъ подлежать только обязательства, имѣющія однородное содержаніе. Чаще всего поводомъ къ зачету служатъ обязательства, имѣющія своимъ содержаніемъ платежъ денежныхъ суммъ. Особенное примѣненіе имѣетъ зачетъ къ чекамъ въ операціяхъ разсчетныхъ палатъ. 3) То и другое обязательства должны быть готовы къ исполненію, т.-е. долженъ наступить уже срокъ ихъ исполненія. Нельзя обязательству, исполненіе котораго просрочено, противополагать обязательство, которому срокъ еще не наступилъ, а можетъ быть и никогда не наступитъ по какимъ-либо обстоятельствамъ. На этомъ же основаніи кредиторъ по безусловному обязательству не обязанъ принимать къ зачету условное обязательство. 4) Предполагается, что оба обязательства, подвергающіяся зачету, безспорны, т.-е. не возбуждаютъ никакого сомнѣнія въ ихъ силѣ. Конечно, заявленіе кредитора, которому представляютъ къ зачету его обязательство, о спорности его не можетъ имѣть значенія, пока судъ самъ не признаетъ сомнительности. Несправедливо было бы прекратить право требованія кредитора на основаніи обязательства, возбуждающаго сомнѣнія въ его дѣйствительности. Въ нашей практикѣ обнаружилось стремленіе присоединить еще одно условіе—заявленіе должника кредитору о желаніи произвести зачетъ, но Сенатъ призналъ, что необходимость такого заявленія не вытекаетъ изъ нашихъ гражданскихъ законовъ (кас. рѣш. 1908, № 107).

Дѣйствіе зачета состоитъ въ прекращеніи силы зачитываемыхъ обязательствъ, насколько они совпадаютъ по своей цѣнности. Если долгу за купленную лошадь въ 200 р. противополагается заемное письмо въ 150 р., то продавецъ сохраняетъ право требованія на 50 рублей. Но дѣйствіе зачета проявляется не само по себѣ. Судъ не въ правѣ собственною властью лишить кредитора удовлетворенія на основаніи его обязательства, потому что это было бы нарушеніемъ состязательнаго начала. Вопросъ о зачетѣ можетъ быть возбужденъ только по волѣ

должника. Зачетъ находитъ себѣ выраженіе или въ договорѣ, напр., два купца условливаются взаимно погашать платежи по пересылаемымъ товарамъ, или же во встрѣчномъ искѣ.

Дѣйствіе зачета должно быть устранено при несостоятельности, потому что оно встрѣчается здѣсь съ другимъ положеніемъ, въ силу котораго кредиторы несостоятельнаго должника получаютъ не полное, а только соразмѣрное удовлетвореніе. Поэтому дозволеніе должнику несостоятельнаго противопоставить его требованіе къ послѣднему было бы равносильно установленію въ пользу одного кредитора, на основаніи случайнаго обстоятельства, преимуществъ, которыхъ не имѣютъ всѣ другіе кредиторы. Несмотря на то, наше законодательство допускаетъ возможность полнаго зачета въ конкурсномъ производствѣ (уст. суд. торг. ст. 494).

VII. Сліяніе. Обязательственное отношеніе предполагаетъ наличность двухъ субъектовъ, активнаго и пассивнаго. Поэтому, если пассивный субъектъ пріобрѣтаетъ право требованія по обязательству, должникомъ котораго является онъ самъ, то отношеніе прекращается за отпаденіемъ элементовъ, необходимыхъ для существованія обязательства. Обстоятельствомъ, вызывающимъ совпаденіе въ одномъ лицѣ активнаго и пассивнаго субъектовъ, до этого времени разъединенныхъ, служитъ общее преемство. Вслѣдствіе наслѣдованія прежній должникъ наслѣдодателя становится субъектомъ всѣхъ правъ послѣдняго, а слѣдовательно и права на собственное дѣйствіе. Частное преемство не можетъ привести къ такому результату, потому что оно представляетъ собою исполненіе, а не сліяніе, напр., когда вексель переходитъ къ самому векселедателю, уплатившему вексельную сумму послѣднему векселедержателю.

Сліяніе, какъ способъ прекращенія обязательства, основывается на существѣ послѣдняго, а потому и не нуждается въ подтвержденіи со стороны закона. Тѣмъ не менѣе наше законодательство указываетъ на сліяніе въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ сыновей-наслѣдниковъ былъ вѣрителемъ наслѣдодателя, а потому до раздѣла онъ долженъ выступить должникомъ на свою долю по тому обязательству, вѣрителемъ котораго является онъ самъ (т. X ч. 1 ст. 1260). Этотъ частный случай служитъ подтвержденіемъ общаго правила о дѣйствіи сліянія. Примѣнительно къ случаю, указанному закономъ, а также къ случаю, когда одинъ изъ наслѣдниковъ былъ должникомъ наслѣдодателя, слѣдуетъ признать, что сліяніе происходитъ въ той части, въ

какой вѣритель или должникъ наслѣдодателя является въ то же время его наслѣдникомъ.

V VIII. Смерть. Въ значительномъ большинствѣ случаевъ содержаніе обязательства настолько мало связано съ индивидуальностью того или другого субъекта, что нѣтъ никакихъ препятствій къ переходу права и обязанности на наслѣдниковъ (т. X ч. 1 стт. 1258 и 1259). Слѣдовательно, смерть активнаго или пассивнаго субъекта не прекращаетъ обязательственнаго отношенія, такъ какъ его мѣсто занимается наслѣдникомъ. Однако, это общее правило допускаетъ исключеніе въ тѣхъ обязательствахъ, которыя тѣсно связаны съ личностью вѣрителя или должника, содержаніе которыхъ обусловливается личными качествами обязаннаго лица. Поэтому-то нашъ законъ постановляетъ, что договоры о дѣйствіяхъ личныхъ, какъ-то: о наймѣ въ услуги и тому подобные, имѣютъ силу только для лицъ, заключившихъ ихъ, и не распространяются на наслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 1544), другими словами, такія обязательственныя отношенія прекращаются со смертью того субъекта, котораго индивидуальность имѣла существенное значеніе для обязательства. Такъ, напр., смерть домашняго врача прекращаетъ договоръ личнаго найма и не переходитъ на его наслѣдниковъ, такъ какъ совершеніе обязательства заключалось въ услугахъ и совѣтахъ именно этого лица. Напротивъ, смерть одного изъ членовъ этой семьи или даже главы ея не прекращаетъ отношенія, какъ не имѣющая существеннаго значенія. Однако, если врачебныя услуги предполагали одного только члена семьи, то смерть его прекращаетъ обязательство. Въ случаѣ смерти коммиссіонера обязательственное отношеніе по данному ему порученію прекращается, развѣ бы правопреемники или представитель коммиссіонера продолжали веденіе его торговыхъ дѣлъ; напротивъ, въ случаѣ смерти коммитента коммиссіонеръ обязанъ продолжать свои дѣйствія по данному ему порученію (уст. торг. по Прод. 1910, ст. 54^{24} и 54^{25}).

Такое же послѣдствіе, какъ смерть, имѣютъ и другія обстоятельства, съ которыми по закону, соединяется необходимость выбыть изъ отношенія, какъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія, постриженіе въ монашество (т. X ч. 1 стт. 1553, 1223).

V IX. Давность. На прекращеніе обязательства оказываетъ вліяніе также давность. Если въ теченіе 10 лѣтъ съ того момента, какъ вѣритель могъ требовать исполненія, обязательство не было исполнено и право требованія не было предъявлено

ко взысканію, то обязательство прекращается (т. X ч. 1 ст. 1549). Кромѣ общаго, десятилѣтняго, срока, существуютъ въ нашемъ законодательствѣ и другіе, болѣе короткіе, сроки для прекращенія нѣкоторыхъ обязательствъ, основанныхъ на договорѣ или на правонарушеніи. Если по срочному обязательству произведена уплата части долга, то законъ удлиняетъ срокъ давности и требованіе платежа остальной суммы исчисляетъ не по истеченіи 10 лѣтъ со времени срока платежа, а по истеченіи 10 лѣтъ со времени позднѣйшей уплаты (т. X ч. 1 ст. 1550), хотя это нельзя признать правильнымъ.

Сила давности распространяется на всякія обязательства, совершенно независимо отъ того, было ли обязательство обезпечено или нѣтъ. Между тѣмъ въ нашей практикѣ было высказано мнѣніе, будто давности не подлежатъ обязательства, обезпеченныя закладомъ, пока онъ находится въ рукахъ кредитора. «Сущность правоотношеній, вытекающихъ изъ закладного права, заключается въ томъ, что должникъ передаетъ кредитору движимость въ обезпеченіе своего долга, и пока этотъ закладъ остается въ обладаніи закладодержателя, дѣйствіе договора о закладѣ продолжается, ибо закладъ не перестаетъ служить обезпеченіемъ долга, а затѣмъ не можетъ быть рѣчи о давности, такъ какъ начало срока давности должно исчисляться со дня окончанія дѣйствія контракта, а при нахожденіи заклада въ рукахъ кредитора дѣйствіе договора о закладѣ не прекращалось, а слѣдовательно не наступало начало срока, съ котораго давность могла бы начать свое теченіе» (кас. рѣш. 1891, № 26). Въ этомъ рѣшеніи сразу бросается въ глаза полное смѣшеніе основного отношенія (долгового) и дополнительнаго (закладного). Сенатъ упустилъ изъ виду, что сила дополнительнаго договора находится въ зависимости отъ силы главнаго, что прекращеніе обязательства, обезпеченнаго закладомъ, стоитъ въ зависимости отъ обстоятельствъ, не имѣющихъ ничего общаго съ судьбою заклада, что всѣ разсужденія Сената о сохраненіи силы закладного права построены на совершенномъ игнорированіи главнаго обязательства. Представимъ себѣ, что сдѣланъ былъ заемъ въ 100 рублей, срокомъ на два года, и въ обезпеченіе долга былъ переданъ кредитору серебряный самоваръ. Теченіе давности для заемнаго обязательства начнется съ наступленіемъ срока платежа, т.-е. черезъ два года по совершеніи договора. Черезъ 10 лѣтъ съ этого момента, если исполненіе не послѣдовало, долговое обязательство теряетъ свою силу за истеченіемъ дав-

ности. Съ прекращеніемъ главнаго обязательства теряютъ силу и дополнительныя, а потому должникъ въ правѣ потребовать обратно свой самоваръ, находящійся въ рукахъ кредитора безъ всякаго юридическаго основанія.

§ 40.

Договоръ.

Литература: Нечаевъ, *Теоріи договора* („Юр. В." 1888, октябрь); Анненковъ, *Условія дѣйствительности договоровъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр." 1891, № 4); Нолькенъ, *Договоры въ пользу третьихъ лицъ*, 1885; Дубовицкій, *Договоры въ пользу третьихъ лицъ* („Юр. В." 1885, №№ 6—7; Эренбергъ, *Свобода и принужденіе въ области гражданскаго оборота*, 1912.

1. Понятіе о договорѣ. *Договоромъ называется соглашеніе воли двухъ или болѣе лицъ, направленное къ установленію, измѣненію или прекращенію юридическаго отношенія.* Продуктъ воли нѣсколькихъ лицъ, называемыхъ въ настоящемъ случаѣ контрагентами (т. X ч. 1 ст. 1510), договоръ является видомъ юридической сдѣлки. Въ громадномъ большинствѣ случаевъ договоръ направленъ къ установленію обязательственнаго отношенія, такъ что договоръ и обязательство чаще всего находятся въ связи какъ причина и слѣдствіе. Однако, область договора выходитъ за предѣлы обязательственныхъ отношеній, какъ въ свою очередь и обязательства могутъ имѣть въ своемъ основаніи не договоръ, а другой юридическій фактъ, правонарушеніе, неосновательное обогащеніе. Договоръ лежитъ въ основаніи брака, которымъ создаются права личной власти, въ основаніи передачи вещи, которою создается вещное право (вещный договоръ),—такой договоръ обязательственнаго отношенія не создаетъ. Поэтому германское уложеніе отводитъ мѣсто договору какъ въ общей части (§§ 145—155), такъ и въ отдѣлѣ объ обязательствахъ (§§ 305 и слѣд.). Наше законодательство не только не предполагаетъ, что договоръ возможенъ за предѣлами обязательственнаго права, но даже смѣшиваетъ договоръ съ обязательствомъ (т. X ч. 1 стт. 569—572, 1529, 1531).

а. Въ договорѣ выражается *воля нѣсколькихъ лицъ*, по крайней мѣрѣ двухъ, которые, въ своемъ или въ чужомъ интересѣ, лично или черезъ представителей, намѣреваются вызвать опре-

дѣленное юридическое послѣдствіе. Слѣдовательно, договоръ съ самимъ собою невозможенъ.

b. Въ договорѣ выражается *согласная воля* нѣсколькихъ лицъ, устанавливаемая въ извѣстный моментъ времени. Согласіе это должно заключаться въ соотвѣтствіи, а не въ однородности содержанія ихъ воли. Если одно лицо желаетъ купить, а другое—продать ту же самую вещь, то такое соотвѣтствіе намѣреній даетъ основаніе для возникновенія договора. Если же оба лица желаютъ купить ту же самую вещь, то такое согласіе не составляетъ условія для установленія договора. Съ этой точки зрѣнія нѣтъ договора, хотя и есть согласная воля, въ единогласномъ рѣшеніи собственниковъ дома произвести ремонтъ или сдать его въ аренду, въ постановленіи, по большинству голосовъ, общаго собранія акціонеровъ, произвести дополнительный выпускъ акцій. Воля контрагентовъ должна соотвѣтствовать одна другой, если не во всѣхъ, то въ существенныхъ моментахъ, т.-е. въ такихъ, отсутствіе которыхъ устраняетъ самую наличность соглашенія.

c. Согласная воля нѣсколькихъ лицъ способна привести къ договору, если она есть *взаимно познанная воля*. Воля каждаго должна достичь другого и быть имъ усвоена. До этого времени воля каждаго лица представляетъ собою субъективное состояніе, а потому лишена юридическаго значенія, такъ какъ право имѣетъ дѣло только съ объективнымъ міромъ. Представимъ себѣ, что предложеніе вступить въ договоръ дѣлается словесно глухому или нѣмой предлагаетъ письменно неграмотному заключить договоръ. Въ томъ и другомъ случаѣ, до вмѣшательства третьихъ лицъ, нѣтъ возможности усвоить содержаніе чужой воли, а потому, хотя бы выраженная явно для постороннихъ, она останется субъективной для предлагающаго, потому что не познается тѣмъ, кого имѣлось въ виду связать договоромъ. Поэтому, до того времени, пока глухому или неграмотному лицу не сообщатъ воли другого лица, послѣднее не связывается своею попыткою выразить намѣреніе. Взаимное познаніе воли двухъ лицъ въ договорѣ предполагаетъ послѣдовательность ихъ изъявленія. Первое по времени волеизъявленіе называется предложеніемъ (офертой), послѣдующее—принятіемъ.

d. Согласная воля нѣсколькихъ лицъ, взаимно познанная, должна быть *направлена на юридическія послѣдствія*, т.-е. на установленіе, измѣненіе или прекращеніе юридическихъ отношеній. Поэтому не будетъ договоромъ соглашеніе нѣсколькихъ

семействъ о томъ, чтобы, съ цѣлью взаимнаго развлеченія, устраивать поочередно вечера.

II. Содержаніе договора. Содержаніе договора или, какъ неправильно выражается нашъ законъ,—предметъ договора (т. X ч. 1 ст. 1528), есть то юридическое послѣдствіе, на которое направлена согласная воля двухъ или болѣе лицъ. Достиженіе этой цѣли предполагаетъ прежде всего дѣйствительность договора, т.-е. наличность всѣхъ условій, при которыхъ государственная власть готова дать юридическую обезпеченность соглашенію. Дѣйствительность договора обусловливается именно его содержаніемъ.

1. Содержаніе договора должно быть *физически возможно*. Если дѣйствіе, намѣченное въ договорѣ, оказывается физически невыполнимымъ, то цѣль договора представляется недостижимой и договоръ признается недѣйствительнымъ. Физическая невозможность не совпадаетъ съ трудностью, можетъ быть, не предусмотрѣнной при соглашеніи. Но съ другой стороны правовой порядокъ, обезпечивая юридическую защиту интересамъ, считается не только съ абсолютною невозможностью, по законамъ природы, но и съ экономическою невозможностью, т.-е. неосуществимостью намѣченной цѣли при помощи тѣхъ техническихъ средствъ, какія контрагенты могли имѣть въ виду. Такъ, напр., слѣдуетъ признать недѣйствительнымъ договоръ о перестановкѣ въ Москвѣ каменнаго дома съ одной улицы на другую, хотя со временемъ такіе договоры, можетъ быть, будутъ заключаемы и у насъ. Физическая невозможность должна быть объективной, а не субъективной, дѣйствіе предполагается невыполнимымъ для каждаго, а не только для обязавшагося лица. Такъ, напр., сельскій рабочій уговаривается сжать своими силами 3 десятины въ день, или авіаторъ обязывается доставить на своемъ аэропланѣ въ одинъ день изъ Петербурга въ Москву грузъ въ 50 пудовъ. Наконецъ, для недѣйствительности договора необходимо, чтобы невозможность была первоначальной, а не послѣдующей. Если кто продаетъ лошадь, которая послѣ соглашенія падаетъ потому, что была загнана, то, конечно, передать эту лошадь уже невозможно, но это не освобождаетъ отъ отвѣтственности за неисполненіе. Напротивъ, продажа лошади, индивидуально опредѣленной, павшей до соглашенія, безъ вѣдома контрагентовъ, подрываетъ силу договора.

2. Содержаніе договора должно быть *юридически дозволено*, или, какъ выражается нашъ законъ, не противно законамъ

(т. X ч. 1 ст. 571 и 1528). По нашему законодательству договоръ недѣйствителенъ, если побудительная причина къ заключенію его есть достиженіе цѣли, законами запрещенной (т. X ч. 1 стт. 1529), какъ-то, когда договоръ клонится: a) къ расторженію законнаго супружества, напр., соглашеніе супруговъ о томъ, чтобы не жить вмѣстѣ и никогда не требовать сожительства; b) къ подложному переукрѣпленію имущества во избѣжаніе платежа долговъ, напр., фиктивная распродажа или дареніе имущества передъ объявленіемъ несостоятельности; c) къ лихоимственнымъ изворотамъ, напр., условія, направленныя въ обходъ закона 24 мая 1893 года о ростовщичествѣ; d) къ присвоенію частному лицу такого права, котораго оно по состоянію своему имѣть не можетъ, напр., при запрещеніи иностранцамъ пріобрѣтать недвижимости въ Царствѣ Польскомъ, договоръ о предоставленіи иностранному подданному безсмѣннаго управленія имѣніемъ, купленнымъ за его счетъ черезъ подставное лицо; e) ко вреду государственной казны, если соглашеніе не только соединяется съ такимъ ущербомъ, но направлено непосредственно на эту цѣль, поэтому нарушеніе правилъ о гербовомъ сборѣ влечетъ за собою только штрафъ, но не недѣйствительность договора. Приведенные въ законѣ случаи не исчерпываютъ всего содержанія указанной статьи, которая перечисляетъ только примѣры, что̀ обнаруживается изъ выраженія «какъ-то», и потому допускаетъ возможность и другихъ случаевъ противорѣчія договоровъ закону (кас. рѣш. 1886, № 65; 1896, № 74). Такъ, напр., слѣдуетъ признать недѣйствительнымъ соглашеніе торговцевъ, направленное къ возвышенію цѣнъ на предметы продовольствія (улож. наказ. ст. 913). Во многихъ случаяхъ самъ законъ указываетъ на недѣйствительность тѣхъ или иныхъ соглашеній, направленныхъ противъ установленныхъ законовъ; такъ, напр., признаются недѣйствительными всякія соглашенія, имѣющія своею цѣлью сложить или облегчить отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ и пароходныхъ предпріятій (т. X ч. 1 ст. 683 п. 3), признаются не имѣющими силы соглашенія объ уступкѣ, отчужденіи или обремененіи долгами ожидаемаго наслѣдства при жизни того, послѣ кого должно открыться наслѣдство (т. X ч. 1 ст. 710), и много другихъ случаевъ.

Въ связи съ указанными случаями возбуждается вопросъ, слѣдуетъ ли признавать недѣйствительность только тѣхъ соглашеній, по поводу которыхъ въ законѣ именно указано такое

послѣдствіе, или же недѣйствительность можетъ быть признана и въ другихъ случаяхъ соглашенія, съ которыми законъ не связываетъ непосредственно такого послѣдствія? Къ рѣшенію вопроса въ первомъ смыслѣ трудно придти, потому что такимъ путемъ можно поощрить договоры, законамъ противные, хотя съ точки зрѣнія законодательной такой пріемъ былъ бы наиболѣе правиленъ. Рѣшая вопросъ во второмъ смыслѣ, необходимо найти тотъ принципъ, при помощи котораго одни изъ договоровъ, съ закономъ несогласныхъ, должны быть лишены силы, а за другими она должна быть признана (кас. рѣш. 1897, № 3).

Нашъ законъ говоритъ, что цѣль договора должна быть непротивна «общественному порядку» (т. X ч. 1 ст. 1528, ordre public?) Если долженъ существовать принципъ, въ силу котораго одни соглашенія, противныя общественному порядку, признаются недѣйствительными, а другія сохраняютъ свою силу, то, можетъ быть, его слѣдовало бы свести къ различію нормъ публичнаго права, охраняющихъ интересы общегосударственные и ограждающихъ общественный порядокъ, съ одной стороны, и нормъ частнаго права, опредѣляющихъ правоотношенія частныхъ лицъ, съ другой стороны (кас. рѣш. 1888, № 39; 1891, № 62). Но въ такомъ видѣ едва ли принципъ можетъ быть твердо обоснованъ. Весь вопросъ о силѣ сдѣлокъ возбуждается въ области гражданскаго права, а потомъ логически неправильно дѣлать въ этой области новое подраздѣленіе публичнаго и частнаго права. Принципъ, такъ выраженный, не разрѣшитъ вопроса о силѣ, напр., соглашенія между общими собственниками, направленнаго къ устраненію на извѣстный срокъ возможности раздѣла по требованію каждаго изъ нихъ; вопроса о силѣ договора, устраняющаго примѣненіе давности; вопроса о силѣ соглашенія, направленнаго къ исключенію права обращаться къ суду за защитою. Правильнѣе было бы формулировать принципъ слѣдующимъ образомъ: договоръ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ, когда онъ направленъ на устраненіе примѣненія закона, съ которымъ связываются интересы не только соглашающихся сторонъ, но также интересы другихъ лицъ и даже всего общества. Къ этой точкѣ зрѣнія склоненъ, повидимому, примкнуть Сенатъ. По его указанію правило ст. 1529 т. X ч. 1 не имѣетъ исчерпывающаго характера и можетъ имѣть примѣненіе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда договоръ совершается въ обходъ закона, ограждающаго права дру-

гихъ лицъ, въ договорѣ не участвовавшихъ (кас. рѣш. 1908, № 13). На основаніи этого принципа, едва ли можно опровергнуть, за отсутствіемъ противоположнаго закона, договоръ, въ силу котораго стороны устанавливаютъ болѣе краткую давность сравнительно съ законною; наоборотъ, слѣдуетъ признать недѣйствительность соглашенія, направленнаго къ удлиненію срока давности, такъ какъ послѣдствіемъ такого договора можетъ быть та вредная для посторонннихъ лицъ запутанность отношеній, которую законъ имѣлъ въ виду устранить установленіемъ исковой давности, или лишенія человѣка свободы распоряжаться своимъ имуществомъ, пользованія судебной защитой.

3. Содержаніе договора должно быть *нравственно допустимо*, или не стоять въ противорѣчіи съ нравственностью (contra bonos mores), или, какъ выражается нашъ законъ, не быть противнымъ «благочинію» (т. X ч. 1 ст. 1528, ср. еще ст. 2151 и пол. нотар. ст. 90). Это условіе дѣйствительности договоровъ признается всѣми законодательствами (франц. гражд. код. § 6, герм. гражд. улож. § 138, швейц. обяз. законъ § 20). Слѣдуетъ однако, замѣтить, что нравственныя понятія подлежатъ измѣненію и проникаютъ въ сознаніе общества или исчезаютъ изъ него постепенно. Поэтому, съ практической точки зрѣнія, только договоры, нарушающіе общественную нравственность въ поражающей степени, будутъ признаны недѣйствительными. Такъ, напр., не подлежитъ сомнѣнію, что договоръ между содержателемъ дома терпимости и находящимися въ немъ дѣвушками объ уплатѣ неустойки за отказъ въ исполненіи условленнаго будетъ признанъ недѣйствительнымъ. Наша практика отвергла требованіе свахою условленнаго вознагражденія за устроенный бракъ, какъ вытекающее изъ недостойнаго соглашенія (кас. рѣш. 1899, № 82). Не будетъ признанъ договоръ продажи женою трупа мужа для цѣлей анатомическаго театра. Послѣ нѣкотораго колебанія французскіе суды признали силу за договоромъ между антрепренеромъ и артелью клакеровъ. Но, напр., договоръ съ рабочимъ подрядчика, который, пользуясь безвыходнымъ положеніемъ перваго, связываетъ его на 5 лѣтъ самыми невыгодными условіями личнаго найма,—едва ли будетъ признанъ противорѣчащимъ общественной нравственности при современномъ складѣ экономическихъ отношеній.

III. Свобода договора. Настоящее время представляетъ особенно благопріятную почву для развитія договорныхъ от-

ношеній, такъ что этотъ отдѣлъ права занимаетъ въ современномъ быту наиболѣе видное мѣсто. Эти благопріятныя условія заключаются въ мѣновомъ хозяйствѣ и свободѣ личности. При такомъ экономическомъ строѣ, когда происходитъ раздѣленіе труда и каждое хозяйство спеціализируется въ извѣстной отрасли производства и промышленности, само собою создается цѣлый рядъ договоровъ, возникающихъ изъ обмѣна. Каждое хозяйство продукты своего труда обмѣниваетъ на продукты производства другихъ хозяйствъ, а чѣмъ болѣе развиваются потребности и разнообразятся средства ихъ удовлетворенія, тѣмъ съ большимъ числомъ хозяйствъ приходится вступать въ обмѣнъ. Отсюда та грандіозная картина договорныхъ отношеній, которая развертывается передъ нами на фонѣ современнаго экономическаго и торговаго оборота.

Съ другой стороны, съ уничтоженіемъ послѣднихъ слѣдовъ личной зависимости, устанавливается полная свобода личности и юридическое равенство. Свобода труда, свобода избранія занятій, свобода передвиженія, свобода промышленности, свобода рынка и конкуренціи—вотъ тѣ важные факторы, которые побуждаютъ каждаго ко вступленію во всевозможныя договорныя отношенія. Свобода договора, съ устраненіемъ субъективныхъ ограниченій, а также формализма, стала рядомъ съ правомъ частной собственности, одною изъ главныхъ основъ современнаго правового порядка. Въ свою очередь, свобода договора, вызванная потребностями экономическаго строя, отражается на дальнѣйшемъ раздѣленіи труда. Принципъ свободы договора принимается нашимъ законодательствомъ въ его положеніи, что «договаривающимся сторонамъ оставляется на волю включать въ договоръ по обоюдному согласію и по ихъ усмотрѣнію всякія условія, законамъ не противныя» (т. X ч. 1 ст. 1530).

Договорныя отношенія увеличиваются не только въ количественномъ отношеніи. Они чрезвычайно усложняются включеніемъ различныхъ побочныхъ условій, такъ что требуется опытный глазъ юриста, чтобы опредѣлить основную юридическую природу договора. Кромѣ того, бытовыя условія необыкновенно благопріятствуютъ развитію новыхъ видовъ договоровъ изъ сочетанія различныхъ юридическихъ элементовъ.

Наблюденіе надъ тою ролью, какую играютъ договоры въ современномъ быту, дало основаніе Мейеру высказать предположеніе, что, «быть можетъ, нынѣшнія наши вещныя права

замѣнятся впослѣдствіи правами на дѣйствія». Это замѣчаніе можетъ быть вѣрно для правъ на чужія вещи, но не для права собственности, которое все же останется основою договорныхъ отношеній. Право собственности не можетъ быть замѣнено, какъ правовой институтъ, обязательствами, но въ отдѣльныхъ случаяхъ, дѣйствительно, та же цѣль станетъ достижима посредствомъ договора вмѣсто права собственности.

Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что безграничная свобода договора, которая выставлялась недавно какъ необходимое условіе гражданскаго быта и основной принципъ законодательной политики, въ послѣднее время подвергается стѣсненіямъ подъ возрастающимъ давленіемъ общественныхъ интересовъ. Законъ устанавливаетъ положенія не только на случай молчанія контрагентовъ, но и безъ возможности измѣненія ихъ по соглашенію. Это мы видимъ особенно въ договорѣ личнаго найма фабричныхъ рабочихъ. Даже болѣе, законъ принуждаетъ ко вступленію въ договоры при наличности извѣстныхъ условій. Это мы видимъ въ желѣзнодорожной перевозкѣ, въ сдѣлкахъ поклажи въ товарныхъ складахъ, въ страхованіи. Желѣзная дорога обязана принять доставленный ей къ перевозкѣ грузъ, она не можетъ сложить съ себя или облегчить установленную для нея закономъ отвѣтственность, она не должна брать за перевозку ни выше, ни ниже тарифа. Новѣйшіе законы о страховомъ договорѣ стараются всѣми силами обезпечить страхователя отъ свободы соглашенія, вслѣдствіе которой сильныя своимъ положеніемъ страховыя общества диктуютъ частнымъ лицамъ тягостныя условія сдѣлки. Вниманіе къ слабѣйшей фактически сторонѣ заставляетъ законодателя въ послѣднее время отрицать юридическое значеніе за такими договорами, при заключеніи которыхъ одинъ контрагентъ воспользовался бы къ невыгодѣ другого его нуждою, неопытностью, легкомысліемъ. Таково направленіе, обнаруживаемое новѣйшими законодательствами, германскимъ (§ 138) и швейцарскимъ (§ 21). Они признаютъ недѣйствительность договора, по которому одно лицо, воспользовавшись нуждою, легкомысліемъ или неопытностью другого, выговорило въ свою пользу или въ пользу третьяго лица выгоды, явно несоотвѣтствующія тому, что оно само обѣщало съ своей стороны. Однако, новое теченіе, означающее торжество начала государственнаго вмѣшательства надъ безграничнымъ индивидуализмомъ, еще не настолько выяснилось, чтобы устранить принципъ свободы договора.

IV. Виды договоровъ. Всѣ договоры, по общимъ для нѣкоторыхъ признакамъ, раздѣляются на извѣстныя группы.

1. Различаются договоры *односторонніе* и *двусторонніе*. Нѣкоторые договоры создаютъ отношеніе, изъ котораго обнаруживается для одного контрагента только право, для другого только обязанность, какъ, напр., при поручительствѣ, дареніи, займѣ. Такъ, напр., при займѣ обязанность лежитъ только на должникѣ—уплатить взятую сумму денегъ, тогда какъ кредитору принадлежитъ только право взыскать эту сумму, но никакой соотвѣтствующей обязанности онъ не несетъ. Напротивъ, въ иныхъ договорахъ для каждаго контрагента создается право и каждый несетъ обязанность, какъ, напр., при имущественномъ наймѣ. Нѣкоторые договоры по природѣ своей односторонни, какъ, напр., дареніе, ссуда. Другіе договоры по природѣ своей двусторонни, какъ, напр., купля-продажа, имущественный наемъ. Наконецъ, третьи могутъ быть односторонними, но могутъ принять и двусторонній видъ, напр., поклажа, если за сохраненіе условлено вознагражденіе. Въ двусторонніхъ договорахъ, строго говоря, два отношенія, изъ которыхъ каждое имѣетъ своего активнаго и пассивнаго субъекта, только что эти отношенія тѣсно срастаются въ одно и не могутъ быть произвольно разъединяемы. Понятіе объ одностороннихъ договорахъ не слѣдуетъ смѣшивать съ понятіемъ объ односторонніхъ сдѣлкахъ: послѣднія создаютъ отношеніе волею одного лица, тогда какъ въ основаніи всякаго договора, а слѣдовательно и односторонняго, лежитъ всегда воля не менѣе двухъ лицъ. Заемъ, напр., есть двусторонняя сдѣлка, но односторонній договоръ.

Практическое значеніе указаннаго дѣленія заключается именно въ этой связи двухъ отношеній, въ связи взаимныхъ правъ и обязанностей, которая характеризуетъ двусторонніе договоры.

а. Въ двустороннемъ договорѣ каждая сторона въ правѣ отказаться отъ исполненія, если другая сторона не исполняетъ лежащей на ней обязанности (exceptio non adimpleti contractus). При этомъ предполагается, конечно, что въ договорѣ не было опредѣлено, кто долженъ первымъ начать исполненіе. Такъ, продавецъ можетъ уклониться отъ передачи проданной вещи, пока покупщикъ не платитъ деньги, а покупщикъ можетъ уклониться отъ платежа денегъ, пока продавецъ не передастъ ему проданной вещи. Хотя въ нашемъ законодательствѣ это положе-

ніе не высказано, но Сенатъ считаетъ его за «коренное юридическое начало», вытекающее изъ самой природы двусторонних договоровъ, въ которыхъ взаимныя обязанности сторонъ другъ друга обусловливаютъ (кас. рѣш. 1910, № 40).

b. Въ двустороннемъ договорѣ каждая сторона, исполнившая свою обязанность, въ правѣ требовать прекращенія договора и возвращенія назадъ переданнаго, если другая сторона не исполняетъ лежащей на ней обязанности. Такъ, въ случаѣ, если арендаторъ не платитъ наемной платы, собственникъ сданной въ аренду вещи, контрагентъ, можетъ требовать расторженія договора. Съ точки зрѣнія французскаго законодательства право просить судъ о расторженіи не зависитъ отъ причины, создавшей неисполненіе,—все равно обусловливается ли оно уклоненіемъ контрагента или случайною невозможностью исполненія (франц. гражд. код. § 1184). По германскому законодательству прекращеніе двусторонняго договора наступаетъ только въ томъ случаѣ, если неисполненіе не обусловлено виною (герм. гражд. улож. § 323), но зато при неисправности другая сторона можетъ назначить срокъ исполненія, послѣ котораго въ правѣ считать себя свободной отъ договора. Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ указаній по данному вопросу. Сенатъ въ прежнее время придерживался того взгляда, что неисполненіе одною стороною договора не даетъ другой сторонѣ права требовать уничтоженія его. Но позднѣе Сенатъ сталъ на противоположную точку зрѣнія, и для двусторонних договоровъ установилъ то начало, что неисполненіе одною стороною такого дѣйствія, которымъ именно обусловливалось какое-либо дѣйствіе другой стороны, освобождаетъ сію послѣднюю отъ исполненія условленныхъ дѣйствій или уплаты (кас. рѣш. 1910, № 59).

2. Договоры могутъ быть *возмездные* и *безмездные* или, иначе, дарственные. Договоръ признается возмезднымъ, когда каждая сторона за свое дѣйствіе въ пользу другой получаетъ право требовать соотвѣтствующаго дѣйствія отъ другой. Не существенно, чтобы оба дѣйствія были съ экономической стороны эквивалентны, но необходимо, чтобы оба они представляли экономическую цѣнность. Къ договорамъ безмезднымъ по существу относятся: дареніе, ссуда, безмездными могутъ быть довѣренность, поклажа. Возмездные договоры — наемъ личный и имущественный, купля-продажа. Дѣленіе договоровъ на возмездные и безмездные не совпадаетъ съ дѣленіемъ на

двусторонніе и односторонніе: заемъ есть договоръ односторонній, но возмездный (процентъ).

Практическое значеніе настоящаго дѣленія состоитъ въ томъ, что при конкурсѣ законъ въ интересѣ кредиторовъ съ большею легкостью уничтожаетъ безмездные договоры, нежели возмездные (уст. судопр. торг. ст. 460—486); что отвѣтственность должника за исполнительность обсуждается строже при возмездныхъ, чѣмъ при безмездныхъ договорахъ; что въ области торговой господствуетъ предположеніе въ пользу возмездности договора.

3. Существуетъ различіе между *обоснованными* и *абстрактными* договорами. Когда говорятъ объ основаніи договора, то имѣютъ въ виду при этомъ не наличность цѣли, потому что безцѣльныхъ договоровъ нѣтъ, и не интересъ, потому что отношеніе, лишенное интереса, не создаетъ права, а слѣдовательно и не имѣетъ юридическаго значенія, и не мотивъ, побуждающій лица вступать въ обязательственное отношеніе, потому что это обстоятельство безразлично съ юридической точки зрѣнія. Подъ основаніемъ договора принимается ближайшая и непосредственная причина установленной обязанности. Такъ, напр., заемъ, какъ обязанность возвратить полученное, указываетъ на основаніе обязательства—обязанъ платить потому, что получилъ на время; поклажа создаетъ обязанность возвратить вещь, потому что принялъ на сохраненіе. Въ двусторонних договорахъ основаніе обязанности одного контрагента лежитъ въ ожидаемомъ исполненіи или въ уже исполненной обязанности другого: продавецъ обязанъ передать проданную вещь потому, что покупщикъ долженъ заплатить или уже заплатилъ цѣну, покупщикъ обязанъ заплатить цѣну потому, что продавецъ долженъ передать или уже передалъ вещь. Въ дареніи основаніемъ служитъ явно выраженное намѣреніе обогатить другого въ размѣрѣ передаваемой цѣнности.

Въ противоположность такимъ обоснованнымъ договорамъ, возможны договоры, отвлеченные отъ своего основанія, когда контрагенты обязываются, не указывая вовсе на основаніе. Договоръ заключается при обоюдномъ намѣреніи контрагентовъ, чтобы дѣйствіе было исполнено безотносительно къ тому, почему одинъ согласился исполнить условленное дѣйствіе въ пользу другого. Такіе договоры, называемые абстрактными, вполнѣ возможны. У насъ абстрактный характеръ носитъ вексель, для котораго валюта нынѣ не существенна; обязатель-

ство платить сальдо по контокорректному отношенію; облигаціи на предъявителя, выпускаемыя разными обществами и учрежденіями. Для различія абстрактнаго договора и обоснованнаго возьмемъ долговое обязательство. Должникъ обязывается уплатить 100 рублей, которые (потому что) онъ получилъ отъ кредитора заимообразно или же которые (потому что) онъ остался долженъ за пользованіе квартирою. Напротивъ, абстрактное обязательство выражается такъ: должникъ обязанъ заплатить 100 рублей (безъ всякаго объясненія почему).

Нѣкоторыя законодательства придаютъ особое значеніе основанію договора. Такъ, по французскому праву для дѣйствительности договора существенна причина (cause) обязательства, и обязательство, не имѣющее причины, не можетъ имѣть никакихъ послѣдствій (франц. гражд. код. §§ 1108 и 1131). Особенно важное значеніе обоснованію договора (consideration of a contract) придаетъ англійское право; не обоснованные договоры, къ которымъ англійскіе юристы относятъ и дареніе, для дѣйствительности своей нуждается въ письменной формѣ за частною печатью (under seal). Напротивъ, германское законодательство совсѣмъ не упоминаетъ объ основаніи договора, какъ условіи его дѣйствительности (герм. гражд. улож. § 241), а швейцарское прямо его отвергаетъ (швейц. обяз. законъ § 17). Это, однако, нисколько не мѣшаетъ тому, что по новымъ законодательствамъ поступленіе цѣнности отъ одного лица къ другому безъ достаточнаго основанія (ohne rechtlichen Grund) создаетъ обязательство возвратить неправильно полученное (герм. гражд. улож. § 812). Точка зрѣнія нашего законодательства не совсѣмъ ясна. Правда, законъ указываетъ (т. X ч. 1 ст. 1529), что наличность побудительной причины извѣстнаго рода дѣлаетъ договоръ недѣйствительнымъ, но отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы къ такому же послѣдствію приводило и отсутствіе побудительной причины.

Практическое значеніе различія между обоснованными и абстрактными договорами сводится къ тому, что отсутствіе обстоятельства, составляющаго основаніе обоснованнаго договора, поражаетъ силу послѣдняго, тогда какъ при абстрактномъ договорѣ неосуществленіе ожидаемаго обстоятельства, которое имѣлось въ виду тою или другою стороною при установленіи обязательства, не имѣетъ никакого вліянія на силу договора. Принявъ на себя абстрактное обязательство, должникъ не въ правѣ уклоняться отъ исполненія договора подъ

тѣмъ предлогомъ, что не осуществилось предполагаемое имъ основаніе. Такъ, напр., отвѣтчикъ противъ предъявленнаго къ нему иска о платежѣ по векселю возражаетъ, что это только контръ-вексель, выданный отвѣтчикомъ взамѣнъ векселя, выданнаго истцомъ для учета въ банкѣ и возвращеннаго уже истцу. По этому поводу Сенатъ правильно высказался, что основаніе вексельнаго обязательства коренится не въ договорѣ, изъ котораго возникъ вексель, а въ самомъ векселѣ, а потому для вексельнаго права безразлично, на какой почвѣ вексель оказался выданнымъ, по какому поводу выдача векселя послѣдовала, и въ чемъ выражаются валютныя отношенія, связанныя съ полученіемъ равноцѣнности за выданный вексель (кас. рѣш. 1909, № 53). Однако, должникъ не лишенъ возможности ссылаться на отсутствіе основанія, пока такое возраженіе не нарушаетъ интереса тѣхъ, кто обращается къ нему съ требованіемъ. Такъ, споръ о безденежности векселя возможенъ противъ перваго пріобрѣтателя и даже противъ послѣдующихъ векселедержателей, если они знали о безденежности векселя. Такимъ направленіемъ русской судебной практики значительно ослабляется сила абстрактности.

Въ нашемъ законодательствѣ встрѣчаются отдѣльныя указанія на послѣдствіе, какое имѣетъ отсутствіе основанія, когда оно обнаруживается изъ самаго договора. Такъ, напр., заемъ признается ничтожнымъ, если обнаружится его безденежность (т. X ч. 1 ст. 2014). Это вполнѣ послѣдовательно: когда должникъ обязывается возвратить занятую сумму, то его обязательство оказывается лишеннымъ основанія, если онъ не занималъ въ дѣйствительности,—нельзя возвращать того, что̀ не было получено.

4. Договоры раздѣляются на *главные* и *дополнительные*, смотря по тому, составляютъ ли они сущность отношенія или только осложненіе его, которое можетъ быть устранено безъ нарушенія самаго отношенія. Таковы, напр., всѣ договоры объ обезпеченіи обязательствъ. Практическое значеніе этого различія состоитъ въ томъ, что судьба дополнительныхъ договоровъ слѣдуетъ судьбѣ главныхъ: перемѣна активнаго субъекта въ главномъ договорѣ влечетъ за собою соотвѣтственное измѣненіе субъекта въ дополнительномъ, недѣйствительность или прекращеніе главнаго отношенія влечетъ тѣ же послѣдствія и для дополнительнаго. Но судьба дополнительнаго договора не имѣетъ вліянія на судьбу главнаго.

V. Совершеніе договора. Совершеніе договора предполагаетъ наличность согласной и взаимно усвоенной воли двухъ или болѣе лицъ. Для этого необходимо, чтобы одинъ выразилъ другому свою волю, т.-е. сдѣлалъ предложеніе вступить въ договоръ, а другой обнаружилъ волю соотвѣтствующаго содержанія, т.-е. принялъ предложеніе. Но, кромѣ того, необходимъ моментъ времени, въ который бы эта воля нѣсколькихъ лицъ совпадала — простая послѣдовательность еще недостаточна, нужно, чтобы принятіе предложенія обнаружилось тогда, когда еще не измѣнилась воля предложившаго.

Предложеніе есть одностороннее волеизъявленіе, обращенное къ другому, съ цѣлью создать необходимое для договора соглашеніе. Предложеніе составляетъ уже элементъ договора, если позднѣе окажется на лицо весь остальной фактическій составъ, требуемый по закону. Поэтому предложеніе должно содержать въ себѣ всѣ существенныя части предполагаемаго договора, такъ чтобы согласіе съ предложеніемъ, сдѣланное другою стороною, могло, безъ дальнѣйшихъ измѣненій, привести къ осуществленію договора. Съ этой точки зрѣнія нельзя считать предложеніемъ въ техническомъ смыслѣ слова простое обращеніе съ предложеніемъ начать сношенія для заключенія договора, или присылку прейсъ-куранта, съ указаніемъ рода товара и цѣнъ, но безъ удостовѣренія, что товаръ имѣется на лицо. Предложеніе не должно быть обращено непремѣнно къ опредѣленному лицу, потому что возможны сдѣлки черезъ автоматы, когда проходящій, прочтя предложеніе, бросаетъ въ отверстіе монету для полученія вещи, напр., конфетъ; потому что выставленный въ витринѣ товаръ съ обозначеніемъ цѣны даетъ основаніе всякому войти въ магазинъ и, уплативъ деньги, потребовать эту вещь.

Предложеніе связываетъ того, кто его сдѣлалъ. Эта связанность прекращается, если тотъ, къ кому оно лично обращено, не даетъ немедленнаго отвѣта, но она можетъ продолжиться, если предложившій согласился на нѣкоторый срокъ, до истеченія котораго онъ готовъ ждать принятія, напр., домохозяинъ, предложившій купцу торговое помѣщеніе, даетъ ему недѣлю для рѣшенія, подходитъ ли оно для него и не можетъ ли онъ найти лучшаго.

По полнотѣ своего содержанія предложеніе начинаетъ собою составъ договора. По отсутствію этой полноты не можетъ считаться предложеніемъ такое обращеніе къ другому, которымъ,

открываются лишь *предварительные переговоры* по заключенію договора. Стороны во взаимныхъ заявленіяхъ, устныхъ или письменныхъ, еще ищутъ требуемаго содержанія, которое бы отвѣчало ихъ волѣ и законному составу договора. Такіе переговоры не имѣютъ юридическаго значенія и не обязываютъ вступившихъ въ нихъ.

Отъ предварительныхъ переговоровъ отличается *предварительный договоръ*. Это есть договоръ о заключеніи въ будущемъ другого договора. Какъ вполнѣ состоявшееся соглашеніе, съ опредѣленнымъ содержаніемъ, предварительный договоръ нѣсколько отличается отъ соглашенія контрагентовъ по основному вопросу при разногласіи въ частностяхъ: это также настоящій договоръ и, если контрагенты не согласятся по такимъ отдѣльнымъ пунктамъ, то послѣдніе будутъ восполнены на основаніи закона или заведеннаго порядка. Предварительный договоръ отличается также отъ договора, не облеченнаго еще въ окончательную форму. Если эта форма существенна по закону для сдѣлки, то такое соглашеніе не можетъ считаться договоромъ; если же она не существенна, то передъ нами вполнѣ дѣйствительный договоръ, къ которому ничего не прибавится отъ облеченія его въ новую форму, хотя стороны, заключая договоръ, могутъ согласиться въ томъ, чтобы сила договора была поставлена въ зависимость отъ облеченія сдѣлки въ извѣстную форму (напр., нотаріальную), и тогда форма, являясь однимъ изъ существенныхъ условій соглашенія, опредѣлитъ моментъ совершенія договора. Отличаясь отъ всѣхъ этихъ случаевъ, въ которыхъ нѣтъ еще договора, предварительный договоръ есть соглашеніе о совершеніи въ будущемъ договора, въ виду отсутствія въ данный моментъ нѣкоторыхъ существенныхъ условій. Такъ, напр., запродажа есть предварительный договоръ о куплѣ-продажѣ, договоръ объ открытіи кредита есть предварительный договоръ о займѣ. Сила такихъ договоровъ заключается въ томъ, что стороны обязываются, съ наступленіемъ извѣстнаго срока или обстоятельства, совершить другой договоръ, но не могутъ быть принуждены къ тому, а только возмѣщаютъ вредъ, причиненный ими отъ уклоненія (кас. рѣш. 1877, № 116). Слѣдовательно, съ этой стороны предварительные договоры имѣютъ такое же юридическое значеніе, какъ и тѣ, которые имѣются въ виду при заключеніи ихъ.

Нѣкоторое сомнѣніе возбуждаетъ *договоръ между отсутствующими контрагентами*, т.-е. лицами, раздѣленными про-

странствомъ, такъ что между предложеніемъ и принятіемъ долженъ непремѣнно быть нѣкоторый промежутокъ времени. Поэтому договоръ по телефону не подходитъ подъ понятіе договора между отсутствующими контрагентами. Такой промежутокъ времени необходимъ при совершеніи сдѣлки черезъ посыльнаго или по почтѣ, письмомъ или телеграммою. Вопросъ осложняется именно тѣмъ, что между выраженіемъ воли со стороны одного контрагента и усвоеніемъ ея другимъ должно пройти нѣкоторое время. Предложеніе, которое представляетъ собою указаніе на всѣ существенныя условія договора, соединенное съ очевиднымъ намѣреніемъ заключить его, не имѣетъ юридическаго значенія, пока не достигло и не усвоено тѣмъ лицомъ, кому оно было послано. Поэтому оно всегда можетъ быть безпрепятственно взято назадъ, если только это будетъ сдѣлано также одновременно или до прихода предложенія, напр., по телефону, по телеграфу или письмомъ, отправленнымъ съ тою же почтою. Предложеніе можетъ быть взято обратно и послѣ этого момента, но только тогда предложившій обязанъ возмѣстить убытки, которые могъ понести получившій предложеніе, приступая къ исполненію. Второй контрагентъ выражаетъ свою волю въ принятіи, которое, чтобы не остаться чисто субъективнымъ, должно быть усвоено первымъ контрагентомъ. Какъ и предложеніе, посланный отвѣтъ можно взять назадъ посредствомъ предупреждающаго средства.

По вопросу о моментѣ совершенія договора между отсутствующими контрагентами существуетъ два взгляда. a) По одному мнѣнію, такимъ моментомъ является выраженіе согласія со стороны лица, получившаго предложеніе. Эта теорія основывается на первомъ условіи дѣйствительности договора, на необходимости согласной воли, и игнорируетъ второе условіе— необходимость взаимнаго усвоенія этой воли. Самое понятіе о моментѣ выраженія согласія на предложеніе представляется довольно шаткимъ: должно ли подъ этимъ понимать субъективное состояніе воли, или отправленіе отвѣта, или невозможность взятія назадъ посланнаго письма или телеграммы? Эта теорія принята новымъ швейцарскимъ законодательствомъ, которое постановляетъ, что договоръ между отсутствующими производитъ свое дѣйствіе съ момента, когда отправленъ былъ отвѣтъ, а если по условіямъ сдѣлки отвѣтъ не ожидался, то съ момента полученія предложенія (швейц. обяз. законъ § 10). b) По другому взгляду, договоръ совершается въ тотъ моментъ,

когда отвѣтъ, заключающій въ себѣ принятіе, достигаетъ лица предложившаго. Теорія эта нѣсколько отодвигаетъ моментъ совершенія договора, но зато отличается большею послѣдовательностью, нежели первая. Этой теоріи придерживается германское законодательство (герм. гражд. улож. § 130).

VI. Договоры въ пользу третьихъ лицъ. По общему правилу права и обязанности по договору устанавливаются между самими контрагентами. Но возможны и такіе договоры, въ силу которыхъ право требованія пріобрѣтается не контрагентами, а третьимъ лицомъ. Эти договоры носятъ названіе договоровъ въ пользу третьихъ лицъ. Эта форма договора, противорѣчащая принципу индивидуальности обязательствъ, долгое время не признавалась, какъ несогласная съ началами римскаго права, пока современная жизнь не выдвинула съ очевидностью рядъ подобныхъ отношеній.

Договоры въ пользу третьихъ лицъ должны быть отличаемы отъ нѣкоторыхъ смежныхъ правоотношеній. Нерѣдко тѣмъ же именемъ обозначаются такіе договоры, изъ которыхъ для третьихъ лицъ обнаруживается польза. Такъ, напр., дама-благотворительница покупаетъ платье и провизію для бѣдной семьи и приказываетъ отправить все выбранное по адресу; одно лицо нанимаетъ для другого квартиру, въ которой само не живетъ, но платитъ. Въ этихъ и подобныхъ случаяхъ выгода третьяго лица не связана съ правомъ требованія; такимъ договоромъ право требовать исполненія пріобрѣтается только контрагентомъ, а не постороннимъ. Напротивъ, по договору въ пользу третьихъ лицъ послѣднія пріобрѣтаютъ самостоятельное право, а не только выгоду. Не слѣдуетъ смѣшивать разсматриваемое отношеніе съ представительствомъ. Хотя представитель также дѣйствуетъ въ пользу представляемаго, и по заключенной имъ сдѣлкѣ право пріобрѣтается представляемымъ, но онъ заключаетъ договоръ отъ имени послѣдняго, тогда какъ договоръ въ пользу третьяго лица заключается контрагентомъ отъ своего имени. Договоръ въ пользу третьяго лица нельзя разсматривать какъ цессію, какъ уступку третьему лицу права, пріобрѣтеннаго лично въ отношеніи должника. Контрагентъ по такому договору самъ права не пріобрѣтаетъ,—онъ въ правѣ настаивать на исполненіи договора только въ пользу третьяго лица, а не въ свою пользу. Противоположное рѣшеніе является весьма опаснымъ для договоровъ личнаго страхованія, такъ какъ при такой конструкціи страховое вознагражденіе могло

бы быть отнесено къ имуществу страхователя въ случаѣ его несостоятельности.

Въ современномъ быту встрѣчаются нерѣдко договоры въ пользу третьихъ лицъ, но особенно выдвигаются между ними договоры о страхованіи жизни въ пользу жены, дѣтей или другихъ лицъ, о страхованіи отъ несчастныхъ случаевъ. Такой же характеръ носятъ спедиціонные договоры, въ силу которыхъ право на полученіе груза пріобрѣтается адрессатомъ или инымъ лицомъ. Сенатъ даже полагаетъ, что завѣщатель, возлагая на наслѣдника обязанность произвести третьему лицу выдачу извѣстной суммы денегъ, какъ бы заключаетъ договоръ съ наслѣдникомъ въ пользу третьяго лица (кас. рѣш. 1909, № 40). Наше законодательство не говоритъ ни слова о договорахъ въ пользу третьихъ лицъ, но допустимость ихъ едва ли можетъ подлежать сомнѣнію, потому что они не противорѣчатъ общему духу русскаго права (т. X. ч. 1 ст. 1530). Законъ нашъ говоритъ, что всякій договоръ налагаетъ на договаривающихся обязанность его исполнить (т. X ч. 1, ст. 569), но законъ не утверждаетъ, что право требовать по договору исполненія или удовлетворенія принадлежитъ только договаривающимся (т. X ч. 1, ст. 570). Наша практика, на разсмотрѣніе которой подобные случаи не разъ восходили, высказалась за признаніе юридической силы за договорами въ пользу третьихъ лицъ (кас. рѣш. 1880, № 178).

Сомнѣніе возникаетъ, конечно, не относительно дѣйствительности принятой на себя однимъ изъ контрагентовъ обязанности исполнить что-либо въ пользу третьяго лица, потому что это только извѣстный образъ исполненія, на который заранѣе согласился должникъ и къ которому его можетъ по праву принудить его контрагентъ, а относительно возможности для третьяго лица пріобрѣсти право по сдѣлкѣ, въ которой онъ не принималъ участія.

Главный вопросъ, возбуждаемый договоромъ въ пользу третьяго лица, состоитъ въ моментѣ, съ котораго послѣднее пріобрѣтаетъ право. Возникаетъ ли это право въ моментъ заключенія договора между контрагентами или позднѣе, когда третье лицо выразитъ должнику свое согласіе на принятіе этого права? Другими словами, устанавливается ли право требованія непосредственно волею однихъ только контрагентовъ или необходимо участіе воли третьяго лица? Поставленный вопросъ имѣетъ не одно теоретическое, но и практическое значеніе. Если при-

знаемъ, что право устанавливается непосредственно договоромъ, то тѣмъ самымъ контрагентъ уже лишенъ права измѣнить договоръ, а это было бы стѣснительно, напр., при страхованіи въ пользу дѣтей. Съ другой стороны, если признаемъ, что право пріобрѣтается только со времени выраженнаго третьимъ лицомъ согласія, то тѣмъ самымъ будетъ установлено, что третье лицо до этого момента права не имѣетъ, что право это принадлежитъ только контрагенту и что, поэтому, наслѣдники его могутъ отмѣнить.

Теоретическое рѣшеніе должно быть въ пользу того взгляда, по которому право пріобрѣтается третьимъ лицомъ со времени выраженнаго имъ должнику согласія. Едва ли можно утверждать, какъ это дѣлаетъ Виндшейдъ, будто такой взглядъ противорѣчитъ волѣ самихъ контрагентовъ; если они обнаруживаютъ позднѣе намѣреніе измѣнить условія, то едва ли можно толковать ихъ волю въ смыслѣ отказа отъ возможности измѣненія договора. Для третьяго лица воля контрагентовъ является совершенно субъективной, пока она не была сообщена ему и не усвоена имъ, а потому и не можетъ имѣть для него юридическаго значенія. Его право требованія, — какъ и всякое право требованія, не перешедшее по наслѣдству, а первоначальное,—не можетъ возникнуть помимо его воли, явно для другихъ обнаруженной. Договоръ въ пользу третьяго лица имѣетъ дарственный характеръ, а дареніе предполагаетъ согласіе одаряемаго на принятіе дара. Притомъ, какъ согласить принципъ непосредственнаго установленія правъ третьяго лица съ возможностью заключать договоръ въ пользу третьихъ еще неизвѣстныхъ или несуществующихъ лицъ, напр., отецъ совершаетъ договоръ личнаго страхованія въ пользу будущихъ дѣтей выходящей замужъ дочери.

Слѣдовательно, право третьяго лица по общему правилу возникаетъ только со времени выраженнаго имъ согласія. Эта точка зрѣнія принята и нашею практикою. «Отъ третьяго лица зависитъ согласиться или не согласиться на принятіе того, что выговорено въ договорѣ въ его пользу. До предложенія объ этомъ третьему лицу и изъявленія имъ согласія, контрагенты въ правѣ измѣнить и даже уничтожить договоръ; но съ того времени, когда третье лицо выразило свое согласіе воспользоваться предоставленнымъ ему въ договорѣ правомъ, оно уже является участникомъ въ договорѣ и не можетъ быть лишено своего права по желанію контрагентовъ» (1882, № 4).

Этотъ взглядъ находитъ себѣ подтвержденіе и въ нашемъ законодательствѣ. Такъ, вкладчикъ можетъ, при внесеніи вклада въ сберегательную кассу, указать лицо или учрежденіе, которому послѣ его смерти вкладъ долженъ быть выданъ, и такое условіе не ограничиваетъ права вкладчика распоряжаться при жизни вкладомъ (т. XI ч. 2, уст. кред. разд. V, ст. 56). Однако, условія договора могутъ быть такого рода, чтобы предоставить третьему лицу право непосредственно въ моментъ совершенія сдѣлки, или съ наступленіемъ извѣстнаго срока или обстоятельства, независимо отъ того, успѣло или нѣтъ третье лицо выразить свое согласіе.

VII. Толкованіе договоровъ. Какъ бы подробно и внимательно ни опредѣлили контрагенты условія своего договора, все-таки они не въ состояніи предусмотрѣть всѣхъ вопросовъ и сомнѣній, какіе могутъ позднѣе возникнуть. Если принять еще во вниманіе, что рѣдкіе договоры редактируются при участіи юристовъ, которые могли бы точнѣе опредѣлить отношенія сторонъ и предупредить возможность многихъ недоразумѣній, то станетъ понятнымъ, почему почти всѣ договоры, за рѣдкими исключеніями, вызываютъ потребность въ разъясненіи ихъ смысла. Собственно говоря, единственнымъ руководителемъ въ этомъ дѣлѣ можетъ быть только логика, которая по внѣшнему выраженію воли должна открыть истинное намѣреніе контрагентовъ. Новѣйшія законодательства предлагаютъ толковать договоръ всегда по доброй совѣсти—nach Treu und Glauben (герм. гражд. улож. § 157); при оцѣнкѣ формы и содержанія договора предписываютъ искать дѣйствительное и общее контрагентамъ намѣреніе, не придавая значенія неточнымъ выраженіямъ, къ которымъ стороны прибѣгли (швейц. обяз. законъ, § 18). Наше законодательство по вопросу о толкованіи договоровъ предлагаетъ, по примѣру законодательствъ начала XIX вѣка, довольно подробныя правила толкованія.

Прежде всего обращаетъ на себя вниманіе то обстоятельство, что законъ нашъ устанавливаетъ буквальное толкованіе, утверждая, что договоры должны быть изъясняемы по словесному смыслу (т. X ч. 1 ст. 1538). Слѣдовательно, если съ внѣшней стороны текстъ договора не возбуждаетъ важныхъ сомнѣній, то судъ обязанъ придерживаться буквальнаго смысла, хотя бы изъ всѣхъ обстоятельствъ дѣла обнаруживалось несоотвѣтствіе содержанія истинному намѣренію контрагентовъ. Только въ случаѣ важныхъ сомнѣній, возбуждаемыхъ словеснымъ смысломъ, за-

конъ дозволяетъ изъяснить договоръ по намѣренію сторонъ и доброй совѣсти (т. X ч. 1 ст. 1539), тѣмъ самымъ допуская, что словесное толкованіе можетъ привести къ выводамъ, несовмѣстнымъ съ доброю совѣстью. Очевидно, важность сомнѣнія, которая давала бы право суду перейти отъ буквальнаго толкованія къ толкованію намѣреній, составляетъ вопросъ каждаго отдѣльнаго случая. Судъ, конечно, охотно будетъ признавать ея наличность, но слѣдуетъ имѣть въ виду, что обстоятельство это можетъ послужить поводомъ къ кассаціи, такъ какъ Сенатъ, хотя и относитъ толкованіе договоровъ къ существу дѣла (кас. рѣш. 1888, № 20), однако, подъ предлогомъ явнаго извращенія смысла договоровъ (кас. рѣш. 1889, № 53), весьма часто принимаетъ къ своему вѣдѣнію толкованіе договоровъ.

При толкованіи по намѣренію законъ предлагаетъ слѣдующія правила: 1) Слова двусмысленныя должны быть изъясняемы въ смыслѣ, наиболѣе соотвѣтствующемъ существу главнаго предмета въ договорахъ (фр. гр. код. § 1158). 2) Не слѣдуетъ обращать вниманія, если въ договорѣ упущено такое слово или выраженіе, которое вообще и обыкновенно въ договорахъ употребляется и которое, потому, само собою разумѣется (фр. гр. код. § 1160). 3) Неясныя статьи договора объясняются по тѣмъ, которыя не возбуждаютъ сомнѣнія (фр. гр. код. § 1161). 4) Когда выраженія, въ договорѣ помѣщаемыя, не опредѣляютъ предмета во всѣхъ его частяхъ съ точностью, тогда слѣдуетъ обращаться къ заведенному порядку (фр. гр. код. § 1159). 5) Въ виду того, что отъ вѣрителя, какъ наиболѣе въ томъ заинтересованнаго, зависѣло опредѣлить содержаніе обязательства съ большею точностью,—сомнѣніе въ договорѣ слѣдуетъ толковать въ пользу должника (фр. гр. код. § 1162). При такомъ точномъ воспроизведеніи правилъ толкованія, принятыхъ во французскомъ законодательствѣ, остается непонятнымъ, почему наши кодификаторы установили относительно основного правила обратное положеніе: тогда какъ по русскому праву договоры должны быть изъясняемы по словесному ихъ смыслу, по французскому праву—въ договорѣ скорѣе надлежитъ изслѣдовать общее намѣреніе договаривающихся сторонъ, нежели останавливаться на буквальномъ смыслѣ выраженій (фр. гр. код. § 1156).

VIII. Классификація договоровъ. Количество договорныхъ отношеній возрастаетъ по мѣрѣ усложненія экономической организаціи. Нѣкоторые договоры успѣли настолько

опредѣлиться въ теченіе своего продолжительнаго существованія, что даже самыя отсталыя законодательства содержатъ въ себѣ постановленія о нихъ. Существуетъ рядъ договоровъ, которые появились сравнительно недавно, но уже успѣли сложиться въ опредѣленный типъ, хотя законодательства и не дали имъ еще мѣста въ своей системѣ. Конструкція такихъ отношеній опредѣляется строеніемъ ихъ въ сдѣлкахъ, насколько они выразились въ многочисленныхъ случаяхъ. Юридическая сила такихъ договоровъ не меньше силы договоровъ, опредѣленныхъ закономъ (кас. рѣш. 1887, № 70; 1896, № 8). Примѣромъ такихъ договоровъ можетъ служить страхованіе. Существуютъ, наконецъ, такія договорныя отношенія, которыя еще не сложились въ опредѣленный типъ, не выяснились съ юридической стороны въ самой жизни, а потому не затрагиваются новѣйшими законодательствами, чтобы не задержать свободы ихъ развитія. Обязательныя въ каждомъ конкретномъ случаѣ для заключившихъ ихъ лицъ, они не могутъ войти въ систему, какъ не имѣющія еще опредѣленной юридической физіономіи.

Самая правильная классификація была бы, понятно, та, въ основаніи которой лежало бы юридическое начало. Съ точки зрѣнія догматики, конечно, лучше всего расположить договоры по ихъ возрастающей сложности. Несомнѣнно, что позднѣйшіе договоры образуются изъ прежнихъ путемъ сочетанія различныхъ юридическихъ элементовъ. Но такая классификація предполагаетъ уже выполненнымъ подробный анализъ каждаго договора, между тѣмъ, какъ до сихъ поръ рѣдкій договоръ не возбуждаетъ спора о юридической его природѣ.

Поэтому, оставляя юридическую точку зрѣнія, остается принять экономическій признакъ—цѣль договора. Договоры имѣютъ своею цѣлью или передачу вещей въ собственность, или передачу вещей во временное пользованіе, или предоставленіе пользованія чужими услугами, или предоставленіе возможности дѣйствій, составляющихъ исключительное право другихъ лицъ. Соотвѣтственно тому, договоры могутъ быть раздѣлены на слѣдующія группы:

1. купля-продажа, мѣна, запродажа, поставка, дареніе, заемъ, страхованіе;

2. имущественный наемъ, ссуда;

3. личный наемъ, подрядъ, перевозка, довѣренность, коммиссія, поклажа, товарищество;

4. издательскій договоръ.

§ 41.

Купля-продажа.

Литература: Пестржецкій, *О договорѣ купли-продажи* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1873, № 6; 1874, № 1); Змирловъ, *О договорѣ купли-продажи, запродажи и поставки по нашимъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1882, № 3); Любавскій, *Опытъ комментарія законовъ о куплѣ-продажѣ* („Юрид. моногр.“ т. III, стр. 81—311); Барковскій, *О юридическомъ значеніи нотаріальныхъ актовъ на продажу недвижимыхъ имуществъ до утвержденія ихъ старшимъ нотаріусомъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1886, № 1); Анненковъ, *Система гражданскаго права* (т. IV, стр. 44—94).

I. Опредѣленіе договора. *Купля-продажа есть договоръ, въ силу котораго одна сторона обязывается передать другой вещь въ собственность, а та уплатить ей извѣстную сумму денегъ.*

а. Купля-продажа представляетъ собою *двусторонній договоръ*. Какъ это ни странно, но относительно купли продажи въ русскомъ законодательствѣ возбуждается сомнѣніе, слѣдуетъ ли, во-первыхъ, считать ее договоромъ и, во-вторыхъ, признавать ли за нею характеръ двусторонности. По этому вопросу мнѣнія русскихъ юристовъ рѣзко раздѣлились. Мейеръ признавалъ куплю-продажу и по русскому законодательству двустороннимъ договоромъ, тогда какъ Побѣдоносцевъ, основываясь на словахъ Сперанскаго, считавшаго купчую за traditio symbolica, утверждалъ, что у насъ купля-продажа—не договоръ, а дѣйствіе, которымъ одна сторона передаетъ другой вещь за опредѣленную цѣну. Поводомъ къ такому заключенію служитъ то обстоятельство, что купля продажа отнесена у насъ не къ договорамъ, а къ способамъ пріобрѣтенія правъ на имущества. Но признанію купли-продажи актомъ перенесенія права собственности препятствуетъ соглашеніе, которое лежитъ въ ея основаніи и которое не выдѣляется въ особое отношеніе, а сливается. Ссылка на историческое значеніе купчей можетъ имѣть силу только для недвижимостей, но кромѣ нихъ покупаются и продаются движимыя вещи, а куплю-продажу движимости и самъ законъ называетъ договоромъ (т. X ч. 1 ст. 1490 и 1514).

Поэтому практика наша, отвергнувъ сомнѣніе въ договорномъ характерѣ, признала куплю-продажу одностороннимъ договоромъ, по которому одно лицо обязывается уплатить дру-

гому извѣстную сумму денегъ за вещь, пріобрѣтенную отъ него въ собственность. При этомъ упускается изъ виду, что даже въ тѣхъ странахъ (Франція), законы которыхъ признаютъ переходъ права собственности въ моментъ совершенія договора, купля-продажа все же признается двустороннимъ договоромъ, потому что на продавцѣ лежатъ и другія еще обязанности. Невѣрною представляется основная точка зрѣнія, будто по русскимъ законамъ право собственности переносится одновременно съ договоромъ. Такое мнѣніе относительно движимыхъ вещей прямо опровергается закономъ, который, кромѣ договора, какъ основанія, требуетъ еще передачи (т. X ч. 1 ст. 1510), но и относительно недвижимостей установленъ особый актъ ввода во владѣніе, которому практика придаетъ большое значеніе и который основывается на предшествующемъ ему договорѣ.

По этимъ соображеніямъ купля-продажа должна быть признана по нашему законодательству двустороннимъ договоромъ, какъ это обнаруживается уже изъ самаго названія. Впрочемъ, въ послѣднее время и Сенатъ перешелъ на эту точку зрѣнія (кас. рѣш. 1887, № 100). На одной сторонѣ стоитъ продавецъ, отчуждающій вещь, на другой—покупщикъ, передающій деньги. Съ точки зрѣнія продавца вся сдѣлка представляется продажею, т.-е. обмѣномъ товара на деньги; съ точки зрѣнія покупщика сдѣлка является покупкою, т.-е- обмѣномъ денегъ на товаръ. Единство сдѣлки отъ этой двойственности нисколько не нарушается, хотя законъ нашъ говоритъ не о куплѣ-продажѣ, а о продажѣ и куплѣ.

b. Продавать и покупать можно только *вещи* въ смыслѣ частей физическаго міра. Между тѣмъ нерѣдко понятіе купли-продажи расширяютъ за предѣлы матеріальнаго міра, ставятъ рядомъ съ вещами исключительныя права, а также права требованія, напр., говорятъ о куплѣ-продажѣ обязательствъ. Отсюда видно, что понятіе о куплѣ-продажѣ расширяютъ до понятія о всякомъ возмездномъ отчужденіи права. Дернбургъ заходитъ такъ далеко, что допускаетъ продажу такихъ цѣнностей, которыя въ сущности могутъ быть и не объектами правъ, напр., извѣстій, секретовъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ купля-продажа утрачиваетъ свои отличительныя черты, сливается отчасти съ уступкою правъ по обязательствамъ, а съ точки зрѣнія юридической такая замѣна точнаго понятія, связаннаго съ извѣстными послѣдствіями, обширнымъ и неопредѣленнымъ понятіемъ даетъ мало преимуществъ. Если вопросъ этотъ можетъ считаться спор-

нымъ въ наукѣ, то съ точки зрѣнія русскаго законодательства нѣтъ, кажется, сомнѣнія въ томъ, что продавать и покупать можно только вещи, такъ какъ законы наши указываютъ лишь на матеріальные предметы, а не на права.

c. Передачѣ вещи соотвѣтствуетъ платежъ *цѣны*, которая можетъ состоять или въ единовременной суммѣ, или въ періодическихъ платежахъ. Деньги составляютъ существенное условіе купли-продажи. Назначеніе какихъ либо иныхъ вещей служитъ эквивалентомъ передачи, превращаетъ куплю-продажу въ мѣну. Но нѣтъ никакого препятствія, конечно, къ тому, чтобы при исполненіи произошла замѣна денегъ вещами, важно только, чтобы при заключеніи договора опредѣлены были деньги. Цѣна, указанная въ договорѣ, должна быть опредѣленной, хотя бы она опредѣлилась позднѣе, въ связи съ какими-нибудь обстоятельствами или съ волею третьяго лица. Совершенная неопредѣленность цѣны дѣлаетъ договоръ недѣйствительнымъ. Требованіе, чтобы цѣна соотвѣтствовала дѣйствительной цѣнности вещи, дошедшее отъ римскаго права къ нѣкоторымъ современнымъ законодательствамъ, чуждо русскому праву. Однако, и въ русскомъ законодательствѣ содержатся, въ видѣ исключеній, нѣкоторыя указанія на это требованіе договора купли-продажи. Такъ, при продажѣ русскимъ подданнымъ за границею морского судна русскій консулъ не иначе даетъ свое согласіе на сдѣлку и принимаетъ въ ней участіе, какъ по удостовѣреніи въ томъ, что условленная цѣна соотвѣтствуетъ дѣйствительной стоимости корабля (т. XI ч. 2, уст. конс., ст. 57 п. 2). Если занимающійся скупкою хлѣба у крестьянъ пріобрѣлъ у нихъ по несоразмѣрно низкой цѣнѣ хлѣба на корню, снопами или зерномъ, воспользовавшись завѣдомо тягостнымъ положеніемъ продавцовъ, то онъ обязывается доплатить послѣднимъ разницу между уплаченною суммою и дѣйствительною цѣною проданнаго хлѣба (т. XV, уст. наказ., ст. 180[4]). Значительное несоотвѣтствіе продажной цѣны дѣйствительной стоимости имѣнія служитъ однимъ изъ признаковъ наличности условій для опроверженія сдѣлки, совершонной несостоятельнымъ должникомъ съ цѣлью скрыть свое имущество отъ взысканія кредиторовъ (кас. рѣш. 1891, № 62; 1888, № 3).

d. Цѣль договора купли-продажи состоитъ *въ перенесеніи права собственности* на покупщика. Обмѣнъ допустимъ при условіи, что каждая сторона предоставитъ другой возможность полнаго распоряженія вещами, а это можетъ быть достигнуто

только перенесеніемъ права собственности. Поэтому представляется совершенно ошибочнымъ мнѣніе, напр., Виндшейда, основанное на римскомъ правѣ, будто «достаточно, чтобы вещь перешла въ составъ имущества покупщика; нѣтъ необходимости устанавливать какое-либо право на купленную вещь, необходимо только предоставленіе пользованія правомъ». При этомъ забывается, что имущество есть понятіе юридическое, а не только экономическое, что, съ указанной точки зрѣнія, всякое возмездное пользованіе чужой вещью должно быть признано куплею-продажею, и, дѣйствительно, въ нашемъ крестьянскомъ быту употребляется выраженіе «купить десятину или полосу»—въ смыслѣ аренды. Можно пойти далѣе и признать, что рабочая сила, трудъ могутъ быть куплены, а потому договоръ личнаго найма превратится въ договоръ купли-продажи. Но юриспруденція должна устанавливать точныя опредѣленія, а не допускать такого смѣшенія понятій. Римскому праву слѣдуетъ законодательство французское (livrer § 1582), напротивъ, по германскому уложенію продавецъ вещи обязуется доставить покупщику право собственности на нее (§ 433).

II. Заключеніе договора. Какъ и всякій договоръ, купля-продажа предполагаетъ соглашеніе воли двухъ лицъ относительно всѣхъ существенныхъ условій сдѣлки, въ данномъ случаѣ относительно вещи и цѣны. Совершеніе купли-продажи совпадаетъ съ моментомъ состоявшагося соглашенія, со временемъ принятія сдѣланнаго предложенія. Такъ, напр., выставка въ витринѣ товара съ обозначеніемъ цѣны должна быть признана за предложеніе, и заявленная готовность внести требуемую сумму достаточна для совершенія договора. Однако, иногда свободное соглашеніе сторонъ подвергается со стороны закона нѣкоторому стѣсненію. У насъ это имѣетъ мѣсто при выкупѣ родовыхъ имѣній (т. X ч. 1 ст. 1367), при отчужденіи экспропріированныхъ участковъ (т. X ч. 1 ст. 590), при продажѣ доли въ общей собственности (т. X ч. 1 ст. 548 и 555).

Продаваемая вещь должна быть способна къ отчужденію. Она должна быть свободна отъ ареста, если это движимость (т. X ч. 1 ст. 1394), она должна быть свободна отъ запрещенія, если это недвижимость (т. X ч. 1 ст. 1388). Въ послѣднемъ случаѣ продажа возможна только подъ условіемъ внесенія всей суммы взысканія, вслѣдствіе котораго состоялось запрещеніе, или представленія другой недвижимости въ обезпеченіе долга. Кромѣ того, продаваемая вещь должна быть въ полномъ рас-

поряженіи продавца на правѣ собственности (т. X ч. 1ст. 1384 и 1389). Слѣдовательно, купля-продажа чужой вещи будетъ недѣйствительна (т. X ч. 1 стт. 1386 и 1387), хотя бы вещь была во временномъ или пожизненномъ пользованіи продавца. Отсюда же слѣдуетъ, что купля-продажа предполагаетъ наличность вещи, состоящей во владѣніи продавца, а потому не можетъ быть продана вещь еще несуществующая; напр., будущій урожай. Между тѣмъ сдѣлки послѣдняго рода весьма нерѣдки въ нашемъ быту, когда продаются урожаи впередъ за нѣсколько лѣтъ, и практика считаетъ эти сдѣлки куплею-продажею. Признавъ, съ одной стороны, что договоръ купли-продажи совершается не иначе, какъ на вещь опредѣленную и притомъ состоящую уже во владѣніи продавца, а не могущую поступить къ нему какимъ-либо образомъ впослѣдствіи (кас. рѣш. 1870, № 1381), судебная практика допускаетъ съ другой стороны, продажу будущей вещи, наприм., будущаго урожая. Въ доказательство возможности такой сдѣлки приводится слѣдующее соображеніе: то обстоятельство, что проданные продукты въ моментъ продажи еще не существовали, не можетъ служить препятствіемъ къ признанію договора продажею, такъ какъ продавцу, собственнику земли, принадлежитъ право и на ея продукты (кас. рѣш. 1880, № 94). При этомъ упускается изъ виду, что право собственности на несуществующую вещь немыслимо, что изъ права собственности на землю нельзя выводить права собственности на плоды еще не появившіеся. Поэтому такъ называемая продажа будущаго урожая въ дѣйствительности будетъ запродажею. Выводомъ изъ того же положенія будетъ недѣйствительность продажи предполагаемаго наслѣдства (т. X ч. 1 ст. 1389). Съ другой стороны, и продажа вещи, уже несуществующей въ моментъ заключенія договора, будетъ недѣйствительна. Продается, напр., пароходъ, который сгорѣлъ наканунѣ дня совершенія сдѣлки; покупщикъ не въ правѣ утверждать, что, въ силу договора, онъ имѣетъ право на страховую сумму сгорѣвшаго парохода, не въ правѣ и продавецъ настаивать на исполненіи договора, требовать цѣны парохода съ оставленіемъ въ пользу пріобрѣтателя остатковъ судна и ст аховой суммы.

Форма купли-продажи различается, смотря по тому, продается ли движимая или недвижимая вещь.

1. Для купли-продажи движимыхъ вещей законъ не устанавливаетъ письменной формы, а потому словесное соглашеніе

совершенно достаточно для силы договора и существованіе его можетъ быть подтверждено свидѣтельскими показаніями. Совершенно неосновательно наша практика предписываетъ письменную форму для купли-продажи рѣчныхъ судовъ, основываясь на ст. 79 т. X ст. 1 пол. о каз. подр. и пост., гдѣ говорится, что при закладѣ этихъ предметовъ для обезпеченія обязательствъ частныхъ лицъ съ казною, требуется представленіе свидѣтельства о принадлежности судна (кас. рѣш. 1889, № 1). Статья эта имѣетъ спеціальное значеніе и не можетъ быть распространяема на всѣ случаи покупки рѣчныхъ судовъ; во-вторыхъ, въ ней говорится о закладѣ, а не о продажѣ; въ-третьихъ, въ ней не предписывается письменная форма сдѣлки, а требуется представленіе начальству, при совершеніи сдѣлки, свидѣтельства о принадлежности, безъ указанія, кѣмъ и на какомъ основаніи могутъ быть выдаваемы такія удостовѣренія.

2. Напротивъ, для купли-продажи недвижимостей законъ предписываетъ форму, которая неразрывно связывается съ соглашеніемъ (т. X ч. 1 ст. 1417, нот. пол. ст. 66). Недостатокъ установленной формы не можетъ быть восполненъ согласіемъ контрагентовъ и признаніемъ съ ихъ стороны факта совершенія договора—такая сдѣлка не производитъ желаемыхъ юридическихъ результатовъ. Соглашеніе продавца и покупщика выражается прежде всего въ совершеніи акта у нотаріуса. Здѣсь должны быть установлены условія договора, между которыми наиболѣе важнымъ въ бытовомъ отношеніи является условіе о томъ, кто платитъ пошлину за переходъ имущества, такъ какъ она представляетъ значительную сумму (4% съ цѣны). Въ виду послѣдняго обстоятельства, въ предупрежденіе указанія слишкомъ низкой цѣны, законъ указываетъ низшіе предѣлы оцѣнки (т. X ч. 1 ст. 1465). Затѣмъ, выпись изъ актовой книги выдается тому, за кѣмъ право на полученіе было признано по договору. Выпись эта должна быть представлена въ годовой срокъ старшему нотаріусу того округа, въ которомъ находится недвижимость (нот. пол. ст. 161). Старшій нотаріусъ, убѣдившись въ законности сдѣлки и въ принадлежности недвижимости лицу отчуждающему, взыскиваетъ пошлины и дѣлаетъ на самой выписи надпись объ утвержденіи, вноситъ содержаніе акта въ крѣпостную книгу, отмѣчаетъ о томъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ (нот. пол. стт. 167 и 169) и, наконецъ, выдаетъ указанному въ договорѣ лицу купчую крѣпость.

Установленная въ законѣ форма купли-продажи представляетъ собою съ юридической стороны цѣлое, а потому не можетъ быть разбита на части съ различнымъ юридическимъ значеніемъ. Если форма договора не была доведена до конца, то она разсматривается какъ бы вовсе не выполненною, а потому до этого момента каждая сторона въ правѣ отступить самовольно отъ совершенія акта (кас. рѣш. 1875, № 626). Въ русской литературѣ было высказано противоположное мнѣніе (Барковскій), что нотаріальный актъ о продажѣ недвижимости устанавливаетъ договорное отношеніе между продавцомъ и покупщикомъ, а утвержденіе акта старшимъ нотаріусомъ производитъ переходъ вещнаго права собственности отъ продавца къ покупщику, и что поэтому ни продавецъ, ни его наслѣдники, въ промежутокъ времени между совершеніемъ и утвержденіемъ акта, не въ правѣ произвольно отказаться отъ продажи. Вслѣдъ затѣмъ и Сенатъ перемѣнилъ свой взглядъ (кас. рѣш. 1886, № 96). По послѣднему его мнѣнію, нотаріальнымъ положеніемъ устанавливается ясная и опредѣленная граница между совершеніемъ акта и его утвержденіемъ. Поэтому ни продавецъ, ни его правопреемники, въ промежутокъ времени между совершеніемъ акта у нотаріуса и его утвержденіемъ старшимъ нотаріусомъ, не имѣютъ права произвольно отказываться отъ законныхъ послѣдствій продажи, относительно перенесенія права собственности на покупщика и передачи ему владѣнія (см. еще кас. рѣш. 1899, № 43). Съ точки зрѣнія Сената, признающаго, что съ утвержденіемъ акта старшимъ нотаріусомъ соединяется переходъ права собственности, представляется послѣдовательнымъ относить матеріальную и формальную сторону сдѣлки къ моменту совершенія акта у нотаріуса. Но такой взглядъ, какъ мы видѣли, при всей его желательности, не соотвѣтствуетъ постановленіямъ нашего законодательства, которое относитъ установленіе вещнаго права къ моменту ввода во владѣніе. Поэтому нѣтъ никакого основанія въ предшествующей дѣятельности контрагентовъ, начинающейся у нотаріуса и кончающейся у старшаго нотаріуса, различать договорный и вещный моменты, признавать, что договорный элементъ исчерпывается совершеніемъ сдѣлки у нотаріуса, и выдѣлять утвержденіе акта старшимъ нотаріусомъ изъ общей формы, установленной для отчужденія недвижимостей. Это подтверждается еще тѣмъ обстоятельствомъ, что купля-продажа можетъ быть признана несостоявшейся послѣ

утвержденія сдѣлки старшимъ нотаріусомъ, именно, если продавецъ не получилъ отъ покупщика деньги передъ выдачею ему выписи (т. X ч. 1 ст. 1424, неправильно отнесенная по изд. 1887 года въ прим. къ ст. 708, въ изд. 1900 года возстановлена).

III. Обязанности продавца. Основная обязанность продавца, которую создаетъ договоръ купли-продажи, заключается въ передачѣ проданной вещи. Но, кромѣ того, изъ договора же вытекаетъ отвѣтственность продавца за отчуждаемое право и за качества вещи.

1. *Передача вещи* является необходимымъ восполненіемъ и слѣдствіемъ договора купли-продажи. Въ противоположность воззрѣнію французскаго законодательства, по которому въ моментъ совершенія договора переходитъ и вещное право отъ продавца къ покупщику, наше законодательство требуетъ еще передачи, для которой купля-продажа служитъ только основаніемъ. Право собственности пріобрѣтается или врученіемъ вещи изъ рукъ въ руки или предоставленіемъ покупщику возможности распоряженія вещью, напр., посредствомъ дубликата накладной. При продажѣ въ кредитъ вещное право переходитъ вмѣстѣ съ передачею, но при продажѣ на наличныя вещное право сохраняется за продавцомъ, потому что въ этомъ случаѣ продавецъ обнаружилъ намѣреніе предоставить покупщику немедленное право собственности, если тотъ уплатитъ деньги, а между тѣмъ это условіе не осуществляется (уст. суд. торг. ст. 563, contra кас. рѣш. 1874, № 561). При договорѣ купли-продажи, по которому исполненіе соединено съ перевозкою вещи при помощи третьяго лица, вещное право пріобрѣтается покупщикомъ только въ моментъ доставленія вещи въ условленное мѣсто, если доставка была условлена по договору, и въ моментъ передачи вещи продавцомъ перевозчику, если доставка не была условлена, потому что продавецъ обязанъ исполнить договоръ въ мѣстѣ своего жительства, а перевозчикъ является представителемъ покупщика.

Въ связи съ вопросомъ о переходѣ права собственности по договору купли-продажи стоитъ вопросъ, на комъ лежитъ *рискъ гибели или поврежденія* купленной вещи. Римское право установило, что съ момента совершенія договора купли-продажи рискъ долженъ былъ нести покупщикъ—periculum emptoris est. Противъ этого воззрѣнія выступили представители естественнаго права, напр., Пуффендорфъ, которые, исходя изъ началъ

справедливости, признали, что проданная вещь остается на страхѣ продавца, пока онъ состоитъ собственникомъ. Въ дѣйствительности дѣло не въ справедливости, а въ логикѣ. По принципу res perit domino, только собственникъ можетъ потерпѣть ущербъ отъ гибели и поврежденія вещи, а потому при продажѣ весь вопросъ сводится къ тому, кто въ моментъ гибели или поврежденія признается собственникомъ. Съ точки зрѣнія французскаго законодательства, которое переноситъ на покупщика право собственности съ момента соглашенія (§ 1583), логично признать, что рискъ лежитъ на покупщикѣ. Съ точки зрѣнія германскаго законодательства, которое переноситъ на покупщика право собственности съ момента передачи, логично постановить, что рискъ гибели проданной вещи или случайнаго ухудшенія ея переходитъ на покупателя съ передачей (§ 446). Непослѣдовательна позиція въ этомъ вопросѣ, принятая англійскимъ правомъ: примыкая къ французскому праву по вопросу о моментѣ, когда переходитъ право собственности на покупщика, оно принимаетъ рѣшеніе германскаго права по вопросу о рискѣ. Оставаясь на почвѣ логики, мы должны признать: а) что по русскому законодательству рискъ случайной гибели или поврежденія проданной вещи несетъ продавецъ до момента передачи, b) что случайная гибель или поврежденіе проданной вещи, освобождая продавца отъ обязанности передачи, освобождаетъ и покупщика отъ обязанности платить цѣну.

2. На продавцѣ лежитъ *отвѣтственность за право* на вещь, имъ отчуждаемую. Цѣль купли-продажи заключается въ предоставленіи права собственности, а это возможно только при условіи, если такое право принадлежитъ самому продавцу (т. X ч. I ст. 420). Законъ нашъ вызываетъ нѣкоторое сомнѣніе, опредѣляя, что условіе объ отвѣтственности, называемое очисткою, относится не къ необходимымъ, а къ произвольнымъ условіямъ, будто отвѣтственность за право наступаетъ только въ силу соглашенія контрагентовъ (т. X ч. 1 стт. 1427 и 1511). Между тѣмъ такая отвѣтственность вытекаетъ изъ самаго существа договора купли-продажи и устраненіе ея способно было бы подорвать добрую вѣру въ гражданскомъ оборотѣ. Поэтому практика наша, несмотря на текстъ закона, пришла къ противоположному положенію,—одно умолчаніе въ договорѣ не освобождаетъ продавца отъ отвѣтственности передъ покупщикомъ, продавецъ, хотя бы и не принялъ обязательства очистки, отвѣчаетъ передъ покупщикомъ за недостатки въ отчуждаемомъ

правѣ (кас. рѣш. 1871, № 1121; 1880, № 134; 1892, № 61). Напротивъ, только въ силу особаго соглашенія продавецъ можетъ освободиться отъ отвѣтственности за юридическое состояніе проданной вещи.

Отвѣтственность за право наступаетъ для продавца при наличности слѣдующихъ условій. a) Право на купленную вещь должно быть оспорено третьимъ лицомъ, и притомъ судебнымъ порядкомъ, а не фактически. Третье лицо можетъ или отстаивать свое владѣніе проданною вещью, когда покупщикъ обнаружитъ желаніе вступить самъ въ обладаніе, или же можетъ предъявить искъ къ покупщику о правѣ собственности на купленную вещь. Въ томъ и другомъ случаѣ необходимо, чтобы судъ призналъ право третьяго лица. Фактическое вторженіе третьяго лица въ сферу правъ покупщика не касается продавца, потому что съ переходомъ права собственности на вещь къ покупщику на послѣдняго переходитъ и обязанность охранять ее отъ постороннихъ притязаній. Наша практика держится другого взгляда, но не выставляетъ соображеній (кас. рѣш. 1870, № 1548). b) Вещь должна быть отнята на основаніи недостатка въ правѣ продавца на отчуждаемую вещь, а не въ силу обстоятельствъ, наступившихъ послѣ продажи вещи. Такъ, напр., издается законъ, по которому извѣстныя лица лишаются права имѣть недвижимости, и покупщикъ подходитъ подъ эту категорію, или купленная вещь изъемлется изъ оборота,—въ подобныхъ случаяхъ продавецъ не отвѣчаетъ передъ покупщикомъ.

Отвѣтственность продавца имѣетъ мѣсто и въ томъ случаѣ, если отчуждаемое право оказывается несоотвѣтствующимъ договору, хотя бы третье лицо и не оспаривало права собственности покупщика. Неожиданно для послѣдняго, на пріобрѣтенную имъ вещь могутъ предъявить постороннія лица такія права, которыя стѣсняютъ осуществленіе его права собственности, напр., залоговое право, арендные договоры, пользовладѣніе (кас. рѣш. 1874, № 848).

Отвѣтственность продавца выражается въ обязанности уплатить цѣну проданной вещи, а также возмѣстить весь ущербъ, причиненный покупщику лишеніемъ его пріобрѣтенной вещи, на которую онъ могъ произвести извѣстныя затраты.

Отвѣтственность за право не прекращается вслѣдствіе того, что вещь перешла отъ покупщика къ третьему, четвертому пріобрѣтателю, изъ которыхъ каждый можетъ привлечь своего продавца, а не обращаться къ первому отчуждателю. Отвѣтствен-

ность устраняется только въ двухъ случаяхъ: a) когда по договору продавецъ сложилъ съ себя отвѣтственность и b) когда продавецъ докажетъ, что покупщикъ проигралъ дѣло вслѣдствіе неумѣлаго и неправильнаго отстаиванія права и притомъ безъ привлеченія къ процессу продавца въ качествѣ третьяго лица.

3. На продавцѣ лежитъ *отвѣтственность за недостатки* проданной вещи въ тѣхъ случаяхъ: a) когда онъ обѣщалъ отсутствіе въ ней извѣстныхъ недостатковъ, обѣщалъ опредѣленныя качества и b) когда при молчаніи договора, проданная вещь не отвѣчаетъ той цѣли, для которой пріобрѣталась. Въ противоположность римскому праву, признававшему обязательство исполненнымъ, если была доставлена вещь, принадлежащая по своимъ достоинствамъ къ худшимъ изъ ея рода, современное право требуетъ, чтобы качества проданной вещи были среднія, не выше и не ниже обычныхъ. Особенно важное значеніе вопросъ о качествахъ вещи имѣетъ въ настоящее время при продажѣ скота, лошадей, овецъ, коровъ. Въ виду этого въ большинствѣ европейскихъ государствъ издаются по этому поводу особые законы. У насъ разсматриваемый вопросъ представляетъ немалое значеніе при покупкѣ недвижимостей, такъ какъ вслѣдствіе неопредѣленности поземельныхъ участковъ, купленное имѣніе нерѣдко далеко не соотвѣтствуетъ обѣщанному размѣру и даже планамъ.

Всякій договоръ налагаетъ на контрагентовъ обязанность исполнить его согласно условіямъ. Поэтому отсутствіе въ проданныхъ вещахъ качествъ, соотвѣтствующихъ соглашенію или заведенному порядку, создаетъ основаніе считать договоръ неисполненнымъ и требовать прекращенія его (т. X ч. 1 стт. 1516 и 1518). Стороны должны придти въ то состояніе, въ которомъ онѣ находились до договора, т.-е. покупщикъ обязанъ возвратить вещь со всѣми ея приращеніями за время отъ передачи, а продавецъ обязанъ возвратить полученную цѣну и возмѣстить покупщику весь вредъ, какой могъ быть причиненъ ему неосуществившимся разсчетомъ. Но понятно, что отъ воли покупщика зависитъ такое разрушеніе договора: онъ можетъ, напротивъ, сохранить силу сдѣлки, требуя только вознагражденія за неточное, несоотвѣтствующее договору, исполненіе, такъ какъ цѣнность переданной вещи оказалась ниже ожидаемой. Вмѣсто того, чтобы уплатить сполна условленную цѣну и потомъ потребовать возмѣщенія, покупщикъ имѣетъ право непосредственно на соотвѣтствующее пониженіе условленной цѣны.

Продавецъ свободенъ отъ разсматриваемой отвѣтственности: а) если покупщикъ согласился на рискъ и продавецъ сложилъ съ себя по договору отвѣтственность, b) если покупщику самому были извѣстны недостатки продаваемой вещи и c) если недостатки могли быть усмотрѣны покупщикомъ при внимательности, проявляемой обыкновенно въ пріемѣ купленныхъ вещей. Эти положенія не требуютъ законодательнаго утвержденія, потому что они представляютъ собою логическіе выводы.

IV. Обязанности покупщика. На покупщикѣ лежитъ обязанность принять вещь и заплатить цѣну.

1. *Принятіе вещи* составляетъ не только право, но и обязанность покупщика, потому что уклоненіе отъ принятія можетъ имѣть невыгодныя послѣдствія для продавца, когда ему приходится искать помѣщенія для храненія вещей, когда онѣ портятся отъ времени и мѣста. Однако, чтобы продавецъ могъ возложить на покупщика всю тяжесть убытковъ, понесенныхъ отъ непринятія, необходимо соотвѣтствіе предлагаемой продавцомъ вещи съ условіями договора, съ образцомъ (т. X ч. 1 ст. 1519) или, при молчаніи договора, съ тою цѣлью, для которой вещь пріобрѣталась. При уклоненіи покупщика отъ принятія, продавецъ можетъ требовать отъ него платежа цѣны и возмѣщенія убытковъ, но ни въ какомъ случаѣ не принуждать покупщика къ принятію, потому что это не согласуется ни съ понятіемъ объ обязательственномъ отношеніи, ни съ интересами продавца, наконецъ, невыполнимо. Между тѣмъ наше законодательство содержитъ въ себѣ постановленіе, что если покупщикъ не будетъ принимать купленныхъ имъ вещей, имѣющихъ условленное по договору достоинство, то принуждается къ тому судомъ (т. X ч. 1 ст. 1514). Но такъ какъ настаиваніе на принудительномъ принятіи противно интересамъ продавца, то, понятно, послѣдній никогда не воспользуется предоставляемымъ ему по закону правомъ.

2. Главною обязанностью покупщика является *платежъ цѣны* вещи. Платежъ долженъ быть произведенъ деньгами. Платежъ долженъ быть произведенъ въ надлежащемъ мѣстѣ и въ надлежащее время (т. X. ч. 1 стр. 1521). При продажѣ на наличныя право собственности, несмотря на передачу, сохраняется за продавцомъ, пока деньги не уплачены. А потому продавецъ, въ случаѣ неполученія цѣны, можетъ требовать возвращенія ему его вещи. Это положеніе принимается нашей практикой даже въ отношеніи продаваемыхъ недвижимостей. Сенатъ разъ-

яснилъ, хотя и не очень твердо (см. напр., кас. рѣш. 1886, № 96), что въ случаяхъ, когда продавецъ доказалъ неполученіе имъ отъ покупщика цѣны недвижимости, купчая крѣпость можетъ быть уничтожена, хотя бы она и находилась уже въ рукахъ покупщика (кас. рѣш. 1908, № 66). Вопросъ этотъ нерѣдко всплываетъ въ настоящее время, когда практика наша допустила продажу дома или имѣнія въ долгъ, съ совершеніемъ закладной на проданную недвижимость въ пользу продавца. Законъ нашъ постановляетъ, что если покупщикъ, принявъ товаръ продавца, не заплатитъ слѣдующей за то цѣны, то вещь продается съ публичнаго торга и вырученными деньгами удовлетворяется продавецъ (т. X ч. 1 ст. 1522, неправильно показанная нынѣ отмѣненной). Но и это право, какъ несоотвѣтствующее интересамъ самого продавца, при продажѣ на наличныя остается безъ осуществленія. При продажѣ же въ кредитъ, съ передачею вещи переходитъ и право собственности на покупщика, а потому продавецъ не можетъ уже требовать возвращенія ему вещи въ случаѣ неплатежа. Конечно, продавцу принадлежитъ право требовать отъ покупщика платежа цѣны, но покупщикъ имѣетъ интересъ какъ можно долѣе задерживать платежъ, особенно въ торговомъ быту, гдѣ капиталъ постоянно приноситъ проценты. Поэтому иностранныя законодательства даютъ право требовать отъ покупщика при продажѣ на наличныя (Zug um Zug, donnant—donnant) не только платежа цѣны, но и процентовъ съ этой суммы, считая съ того времени, когда платежъ долженъ былъ быть произведенъ, т.-е. съ момента передачи (герм. улож. § 452, швейц. обяз. законъ § 213). Нашъ законъ не даетъ такого права продавцу (стт. 641 и 1301 т. X ч. 1 не могутъ имѣть примѣненія къ настоящему случаю), и тѣмъ открываетъ просторъ недобросовѣстности покупщика и стѣсняетъ кредитныя сдѣлки.

§ 42.

Запродажа.

Литература: Ильяшенко, *Договоръ запродажи съ точки зрѣнія будущаго гражданскаго уложенія* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1889, № 5); Змирловъ, *О договорѣ купли-продажи, запродажи и поставки по нашимъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1889, № 3); Кассо, *Запродажа и задатокъ* („Ж. М. Ю.“, 1903, № 5).

I. Опредѣленіе договора. *Запродажею называется договоръ, въ силу котораго стороны обязываются заключить*

въ извѣстный срокъ договоръ купли-продажи относительно опредѣленнаго предмета и по условленной цѣнѣ.

a. Изъ этого опредѣленія видно, что запродажа представляетъ собою *предварительный договоръ* о заключеніи другого договора. Потребность въ немъ вызывается существованіемъ препятствій къ заключенію того договора, который предполагается въ будущемъ, вслѣдствіе отсутствія какихъ-либо условій, необходимыхъ для его заключенія. Съ измѣненіемъ впослѣдствіи обстоятельствъ откроется возможность заключить главный договоръ. Исторически договоръ запродажи вызванъ невозможностью совершить куплю-продажу на недвижимости, находящіяся подъ запрещеніемъ. Причиною заключенія запродажи можетъ быть также отсутствіе въ данный моментъ права собственности, которое необходимо для купли-продажи, или ожидаемое появленіе вещи въ будущемъ.

b. Хотя законъ нашъ опредѣляетъ запродажу, какъ договоръ, въ силу котораго одна сторона обязывается продать другой вещь (т. X ч. 1 ст. 1679), и это заставляетъ нѣкоторыхъ считать запродажу одностороннимъ договоромъ (Кассо), но несомнѣнно, что запродажѣ присуща *двусторонность*. Законъ, повидимому, выразился неточно, такъ какъ въ послѣдующихъ своихъ опредѣленіяхъ устанавливаетъ обязанности для обѣихъ сторонъ.

c. Законъ считаетъ существеннымъ указаніе *срока*, въ который стороны обязываются заключить договоръ купли-продажи (т. X ч. 1 стт. 1679, 1682). Однако, законъ не связываетъ упущеніе срока съ недѣйствительностью запродажи и потому отсутствіе въ запродажномъ договорѣ срока должно быть толкуемо въ томъ смыслѣ, что каждый изъ контрагентовъ въ правѣ потребовать совершенія купли-продажи во всякое время. Срокъ можетъ быть установленъ не только календарнымъ днемъ, но и поставленъ въ зависимость отъ наступленія извѣстнаго событія.

d. При совершеніи запродажи опредѣляется и самая *цѣна*, за которую вещь должна быть запродана (т. X ч. 1 ст. 1679), иначе произвольнымъ назначеніемъ цѣны лицо запродающее могло бы превратить въ ничто право пріобрѣтателя.

Изъ сказаннаго обнаруживается нѣкоторое отличіе запродажи отъ купли-продажи съ одной стороны и поставки съ другой. Отъ купли-продажи запродажа отличается, по мнѣнію практики тѣмъ, что проданная вещь поступаетъ немедленно

въ собственность покупщика, а по договору запродажи сохраняется право собственности на запродаваемую вещь (кас. рѣш. 1867, № 72). Было уже указано, что совершеніе купли-продажи не соединяется съ немедленнымъ переходомъ права собственности, который стоитъ въ зависимости отъ передачи. Поэтому отличительный признакъ между куплею-продажею и запродажею слѣдуетъ искать въ другомъ обстоятельствѣ. Купля-продажа предполагаетъ непремѣнно право собственности на вещь, тогда какъ для запродажи законъ такого условія не установляетъ. Поэтому запродана, а не продана, можетъ быть вещь чужая, вещь еще не существующая. Отъ поставки запродажа отличается опредѣленностью вещи, характеризуемой видовыми, а не родовыми признаками. По этимъ двумъ признакамъ, отсутствію права собственности и опредѣленности вещи, такъ называемая продажа будущаго урожая или сѣнокоса должна быть признана запродажею.

Съ точки зрѣнія законодательной политики договоръ запродажи, составляющій особенность русскаго законодательства, и при этомъ не особенно давняго происхожденія (XVIII вѣка), является совершенно излишнимъ въ системѣ договоровъ. Запродажа могла бы имѣть оправданіе, если бы купля-продажа устанавливала переходъ права собственности въ силу одного соглашенія. Но этого нѣтъ въ настоящее время. Для недвижимостей, для которыхъ этотъ договоръ отстаивается нѣкоторыми, достаточно будетъ разграниченіе договорнаго элемента въ куплѣ-продажѣ отъ вещнаго элемента при внесеніи въ ипотечныя книги.

II. Дѣйствіе запродажи. Договоръ запродажи, все равно, касается ли онъ недвижимости или движимости, требуетъ письменной формы (т. X ч. 1 ст. 1683), такъ называемой *запродажной записи*, отсутствіе которой устраняетъ возможность свидѣтельскихъ показаній. Но законъ вовсе не настаиваетъ на нотаріальной формѣ, и запродажа, совершонная домашнимъ порядкомъ, будетъ вполнѣ дѣйствительна (кас. рѣш. 1876, № 362).

Исполненіе по договору запродажи состоитъ въ совершеніи въ установленный срокъ договора купли-продажи на тѣхъ условіяхъ, какія были указаны въ предварительномъ договорѣ. Назначенный въ договорѣ запродажи срокъ относится вообще къ совершенію акта купли-продажи, слѣдовательно, къ начальному моменту, а не непремѣнно къ моменту утвержденія купчей стар-

шимъ нотаріусомъ (contra кас. рѣш. 1875, № 794). Какъ и всякій договоръ, запродажа даетъ право каждому изъ контрагентовъ требовать отъ другого исполненія договора, т.-е. въ данномъ случаѣ заключенія купли-продажи, но не принуждать его къ тому. Поэтому уклоненіе отъ совершенія купли-продажи можетъ повлечь за собою отвѣтственность, условленную договоромъ, платежъ неустойки, потерю задатка, а также обязанность возмѣстить весь ущербъ, причиненный неисполненіемъ (кас. рѣш. 1871, № 378).

Договоръ запродажи прекращается, помимо исполненія, по слѣдующимъ причинамъ: a) съ истеченіемъ условленнаго срока запродажа теряетъ свою силу по отношенію къ обязанности контрагентовъ заключить договоръ купли-продажи (т. X ч. 1 ст. 1682), но сохраняетъ еще свое значеніе и послѣ этого срока, насколько вопросъ касается опредѣленныхъ запродажею послѣдствій; b) если къ условленному сроку не будетъ пріобрѣтено право собственности, то и договоръ купли-продажи не можетъ быть исполненъ, но это обстоятельство не освобождаетъ отъ отвѣтственности за неисполненіе; c) такое же послѣдствіе влечетъ за собою гибель запроданной вещи или непоявленіе ожидавшейся вещи, напр., если жучокъ выѣлъ посѣвъ или солнце сожгло траву, и такъ какъ невозможность исполненія наступаетъ по причинамъ, независящимъ отъ воли контрагентовъ, то договоръ прекращается, освобождая стороны отъ всякой отвѣтственности.

III. Задаточная росписка. Для договора запродажи недвижимости законъ нашъ устанавливаетъ спеціальныя положенія о задаткѣ, которыя не могутъ имѣть примѣненія къ другимъ договорамъ и къ запродажѣ движимыхъ вещей. Условіе о задаткѣ можетъ быть включено въ запродажную запись, но оно можетъ быть выражено и въ особомъ актѣ, задаточной роспискѣ (т. X ч. 1 ст. 1685). Задаточная росписка должна содержать въ себѣ: a) указаніе времени ея выдачи, b) опредѣленіе условій договора, который обезпечивается задаткомъ, т.-е. купли-продажи или запродажи, c) обозначеніе срока, въ который стороны обязываются заключить договоръ и который не долженъ превышать одного года (т. X ч. 1 ст. 1686). Если стороны въ установленный срокъ или, если срокъ не былъ установленъ, въ теченіе года, со времени выдачи росписки, не совершатъ предположеннаго договора, то съ этого момента начинается теченіе давности для силы задатка (т. X,

ч. 1, ст. 1687). Въ теченіе года, отъ указаннаго момента, каждый изъ контрагентовъ въ правѣ настаивать на законныхъ послѣдствіяхъ условія о задаткѣ (кас. рѣш. 1909, № 81). 1) Если отъ совершенія договора откажется сторона, которая должна быть продавцомъ, или, если невозможность исполненія наступитъ по ея винѣ, то она обязывается возвратить полученный задатокъ въ двойномъ количествѣ. Очевидно, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ задаткомъ въ собственномъ смыслѣ, а съ законною неустойкою. 2) Если договоръ не будетъ заключенъ по винѣ стороны, которая должна была стать въ положеніе покупщика, то она теряетъ выданный ею задатокъ въ пользу другого контрагента. Понятно, что когда наступаютъ условія для прекращенія запродажи безъ вины котораго-нибудь изъ контрагентовъ, то стороны возвращаются въ то имущественное положеніе, въ которомъ онѣ находились бы безъ договора, т.-е. задатокъ возвращается.

§ 43.

Поставка.

Литература: Рефераты Юренева и Рихтера въ С.-Петербургскомъ юридическомъ обществѣ („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1881, №№ 5 и 6); Бутовскій, *Договоръ подряда и поставки въ теоріи и въ дѣйствующей практикѣ* („Ж. М. Ю.“, 1903, № 4).

Совокупность юридическихъ отношеній, охватываемыхъ на Западѣ однимъ понятіемъ купли-продажи, у насъ разлагается на три вида по едва уловимымъ признакамъ, а именно: на куплю-продажу въ тѣсномъ значеніи слова, запродажу и поставку. Въ этомъ случаѣ законодатель принялъ бытовыя понятія, не обративъ вниманія на то, что они не содержатъ въ себѣ достаточно юридическихъ признаковъ различія. Съ этою системою трехъ договоровъ, служащихъ однимъ и тѣмъ же юридическимъ средствомъ достиженія экономической цѣли, русское законодательство стоитъ совершенно одиноко среди другихъ положительныхъ законодательствъ. Смѣшеніе понятій на этомъ не ограничивается. Законодатель не только разбилъ одинъ договоръ на три, мало различающихся между собою, но еще сблизилъ одинъ изъ нихъ, поставку съ договоромъ подряда, который представляетъ собою квалифицированный договоръ личнаго найма. Такимъ путемъ образовалось сближе-

ніе ряда понятій, конечные члены котораго, купля-продажа и личный наемъ, ясно указываютъ на смѣшеніе договоровъ, совершенно различныхъ въ бытовомъ и юридическомъ отношеніи.

Несмотря на искусственность разграниченія однородныхъ понятій, установленіе отличительныхъ признаковъ представляетъ практическую важность, потому что законъ опредѣляетъ различную форму для каждаго изъ трехъ видовъ,—купля-продажа движимыхъ вещей можетъ быть совершена словесно, тогда какъ запродажа и поставка (т. X ч. 1 ст. 1742) должны быть облечены въ письменную форму, и существованіе ихъ не можетъ быть доказываемо свидѣтельскими показаніями.

Поставкою называется договоръ, въ силу котораго одна сторона обязывается къ назначенному сроку передать вещи опредѣленнаго рода и въ опредѣленномъ количествѣ, а другая сторона обязывается заплатить за то извѣстную сумму денегъ.

a. Отличіе поставки отъ купли-продажи опредѣляется, по взгляду нашей практики, слѣдующими признаками: 1) Продавецъ въ моментъ совершенія договора купли-продажи долженъ имѣть право собственности на продаваемую вещь, тогда какъ поставщикъ можетъ не быть собственникомъ въ моментъ совершенія договора поставки и въ дѣйствительности обыкновенно не бываетъ. 2) Продаваемая вещь должна быть опредѣлена индивидуальными признаками, тогда какъ при поставкѣ вещи опредѣляются лишь количествомъ и качествомъ; поэтому недвижимость, какъ вещь всегда опредѣленная, не можетъ быть предметомъ поставки. 3) Въ куплѣ-продажѣ между совершеніемъ договора и исполненіемъ его можетъ и не быть промежутка времени, тогда какъ для договора поставки онъ представляется существеннымъ. Таковы признаки, выставляемые нашею практикою по необходимости, хотя очевидно, что они вытекаютъ не изъ существа договоровъ, а изъ обыкновеннаго способа ихъ совершенія и исполненія.

b. Съ договоромъ запродажи поставку сближаетъ возможность отсутствія права собственности, что̀ недопустимо въ куплѣ-продажѣ. Отличаетъ же запродажу отъ поставки опредѣленность запродаваемой вещи.

c. Законъ нашъ сближаетъ поставку съ подрядомъ, но между ними существуетъ основное различіе. По договору поставки контрагентъ обязывается въ извѣстное время передать другому въ собственность вещь, которой онъ въ данный моментъ еще не имѣетъ. Содержаніе обязательства, устанавливаемаго дого-

воромъ подряда, состоитъ въ исполненіи личныхъ дѣйствій, въ личномъ трудѣ одного или нѣсколькихъ лицъ, соединенныхъ подъ руководствомъ и отвѣтственностью одного лица, контрагента по подряду. Этимъ трудовымъ элементомъ подрядъ отличается отъ поставки. Сближаетъ же ихъ то обстоятельство, что подрядъ нерѣдко соединяется съ передачею извѣстныхъ вещей въ собственность другому лицу.

Различаясь только по формѣ, а не по существу, договоръ поставки, въ своемъ исполненіи, подчиняется тѣмъ же правиламъ, какія установлены для купли-продажи. Со стороны поставщика исполненіе заключается въ передачѣ условленныхъ вещей, а со стороны его контрагента—въ принятіи ихъ и въ платежѣ условленной цѣны. Самый платежъ можетъ произойти послѣ исполненія своей обязанности поставщикомъ, но производство платежа въ моментъ совершенія договора, во всякомъ случаѣ до исполненія, не измѣняетъ природы договора (кас. рѣш. 1875, № 374). Всѣ послѣдствія неисполненія договора купли-продажи примѣнимы въ равной степени и къ договору поставки.

§ 44.

Мѣна.

Литература: Соколовъ, *Историческое изложеніе договора мѣны недвижимыхъ имуществъ по русскимъ законодательнымъ памятникамъ* („Кіев. Унив. Изв.“, 1880, № 9); Любавскій, *Юридическія изслѣдованія и монографіи*, т. II.

Мѣна есть такой договоръ, въ силу котораго обѣ стороны обязываются взаимно передать другъ другу опредѣленныя вещи въ собственность. Договоръ мѣны отличается отъ купли-продажи тѣмъ только, что въ немъ вещь обмѣнивается на вещь, а не на деньги, какъ въ куплѣ-продажѣ. Тотъ и другой договоры служатъ цѣли экономическаго обмѣна. Съ точки зрѣнія экономической, каждая купля-продажа представляется мѣною, потому что вещь обмѣнивается на деньги, чтобы потомъ деньги обмѣнять на вещи. Деньги играютъ только роль посредника въ мѣновыхъ сдѣлкахъ. Если земледѣлецъ продаетъ свой хлѣбъ за деньги, а потомъ на эти деньги покупаетъ одежду, то въ дѣйствительности онъ только мѣняетъ свои произведенія на продукты производства другихъ лицъ. Эта экономическая точка зрѣнія совершенно вѣрна, насколько имѣются

въ виду конечные результаты всѣхъ дѣйствій, направленныхъ къ удовлетворенію человѣческихъ потребностей. Но, разсматриваемый исключительно съ точки зрѣнія юридическихъ средствъ достиженія конечной цѣли, весь процессъ экономическаго обмѣна разлагается на отдѣльные акты купли-продажи.

Мѣну сближаетъ съ куплею-продажею то обстоятельство, что оба договора обязываютъ контрагентовъ къ передачѣ вещи въ собственность. Поэтому не будетъ договоромъ мѣны, напр., соглашеніе, по которому одно лицо, взамѣнъ пріобрѣтаемой на правѣ собственности вещи, предоставляетъ другому пользованіе своею вещью. Въ силу договора мѣны устанавливается для обѣихъ сторонъ обязанность въ будущемъ передать другъ другу право собственности, такъ что моментъ перехода собственности можетъ не совпадать съ моментомъ соглашенія. Поэтому, при отсутствіи противоположнаго правила въ законѣ, нѣтъ никакого основанія требовать, чтобы контрагенты имѣли право собственности на обмѣниваемыя вещи въ моментъ заключенія договора.

Договоръ мѣны въ историческомъ различіи предшествуетъ договору купли-продажи, который появляется только со введеніемъ денегъ и вытѣсняетъ мѣну со времени замѣны натуральнаго хозяйства денежнымъ. До появленія денегъ мѣна была единственною сдѣлкою обмѣна между отдѣльными лицами, между отдѣльными племенами. Современныя законодательства, въ виду небольшого значенія мѣны, удѣляютъ этому договору весьма мало вниманія. Также поступаетъ и наше законодательство. Для мѣны движимыхъ вещей оно не устанавливаетъ никакихъ препятствій,—мѣна движимыхъ вещей оставляется на волю и взаимное согласіе ихъ хозяевъ (т. X ч. 1 ст. 1379). Какъ и для купли-продажи движимыхъ вещей, законъ и для мѣны ими не предписываетъ письменной формы (т. X ч. 1 ст. 1380). Но, въ противоположность куплѣ-продажѣ движимыхъ вещей, законъ нашъ не требуетъ для силы договора мѣны, чтобы стороны имѣли, въ моментъ соглашенія, право собственности на обмѣниваемыя вещи. Поэтому слѣдуетъ признать, что договоръ мѣны остается вполнѣ дѣйствительнымъ, хотя бы обмѣниваемыя вещи принадлежали въ моментъ договора другимъ лицамъ, хотя бы онѣ еще вовсе не существовали.

Иначе относится нашъ законъ къ мѣнѣ недвижимостями. Безъ достаточнаго историческаго основанія, по причинамъ, вѣроятно, чисто фискальнымъ, русское законодательство съ XVIII

столѣтія (съ 1786 года) совершенно запрещаетъ мѣну недвижимостей (т. X ч. 1 ст. 1374). Слѣдовательно, если два лица желаютъ обмѣняться домами или имѣніями или только полосами земли для округленія своихъ участковъ, то передъ ними одинъ исходъ—совершить два договора купли-продажи. Очевидно, интересы казны нисколько не пострадали бы, если бы законъ разрѣшилъ мѣну недвижимостями со взысканіемъ только двойныхъ пошлинъ, хотя и это представлялось бы излишнимъ затрудненіемъ оборота. Запрещая, по общему правилу, мѣну недвижимостей, законъ устанавливаетъ четыре исключенія (т. X ч. 1 ст. 1374), когда такая мѣна допускается: 1) для доставленія удобнаго выгона посадамъ и городамъ, дозволяется мѣнять казенныя земли на земли частныя; 2) для пріобрѣтенія выгона въ случаѣ обращенія селеній въ города; 3) для миролюбиваго развода общихъ чрезполосныхъ дачъ по правиламъ, изложеннымъ въ межевыхъ законахъ; 4) для отвода надѣловъ крестьянамъ.

Возможенъ, однако, еще третій случай мѣны, когда предполагается обмѣнить недвижимость на движимыя вещи, напр., одно лицо желаетъ отдать свой домъ, чтобы получить въ обмѣнъ лѣсной матеріалъ и построить на новомъ мѣстѣ новое зданіе. Слѣдуетъ ли распространить указанное запрещеніе и на этотъ случай? Отрицательный отвѣтъ вытекаетъ изъ буквальнаго толкованія закона и воли законодателя, въ немъ выраженной. Законъ говоритъ о запрещеніи мѣняться недвижимостями, слѣдовательно, не касается случая мѣны недвижимости на движимость. Раскрывая волю законодателя, цѣль, для которой могъ быть изданъ законъ, необходимо придти къ заключенію, что фискальные интересы государства не страдаютъ отъ такого обмѣна, потому что казна можетъ получить пошлины только съ отчуждаемой недвижимости, какъ бы при продажѣ.

§ 45.

Заемъ.

Литература: Мейеръ, *Русское гражданское право*, стр. 462—476; Побѣдоносцевъ. *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 332—355; Змировъ, *Договоръ займа по нашимъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1882 № 5).

I. Опредѣленіе договора займа. *Займомъ называется договоръ, въ силу котораго одно лицо обязывается*

возвратить взятыя у другого въ собственность замѣнимыя вещи въ томъ же количествѣ и того же качества. Изъ этого опредѣленія обнаруживаются существенные элементы договора займа: односторонность договора, передача замѣнимыхъ вещей въ собственность, обязанность возвращенія. Кромѣ того, въ договорѣ займа возможны и случайные элементы, изъ которыхъ обращаютъ на себя особенное вниманіе условіе о срокѣ и о процентахъ.

a. Заемъ представляетъ собою *односторонній договоръ:* въ немъ лишь одна сторона обязывается къ совершенію дѣйствія,—къ возвращенію взятаго, тогда какъ другая сторона имѣетъ только право, потому что она совершила дѣйствіе одновременно съ совершеніемъ договора, передала извѣстную сумму денегъ или другихъ замѣнимыхъ вещей. Поэтому слѣдуетъ признать неправильнымъ взглядъ Мейера на заемъ, какъ на договоръ двусторонній, въ силу котораго одно лицо обязывается передать замѣнимыя вещи, а другое—возвратить равную цѣнность. Такое соглашеніе, если бы оно и встрѣтилось въ дѣйствительности, было бы не договоромъ займа, а предварительнымъ договоромъ о совершеніи въ будущемъ займа. Договоръ о взаимномъ кредитѣ не подходитъ подъ понятіе о займѣ, такъ какъ имѣетъ свою самостоятельную юридическую природу. Нашъ законъ во всѣхъ своихъ постановленіяхъ имѣетъ въ виду односторонность займа, которая особенно ясно обнаруживается изъ образца заемнаго письма (прил. ст. 2036 т. X ч. 1).

b. Основаніе обязательства, вытекающаго изъ займа, заключается въ передачѣ *замѣнимыхъ вещей.* Наша практика и Побѣдоносцевъ держатся того взгляда, что занимаемы могутъ быть только деньги (кас. рѣш. 1868; № 248). Однако, совершаемыя почти ежедневно въ деревнѣ заимствованія муки, овса, меду и т. п. припасовъ, а въ торговомъ быту бумагъ на предъявителя, подходятъ подъ понятіе займа не только съ теоретической точки зрѣнія, но и по взгляду нашего законодательства. При отдачѣ въ заемъ денегъ и всякаго рода произведеній земли въ Закавказьѣ предоставляется заключать условіе о возвращеніи какъ капитала, такъ и процентовъ произведеніями земли (т. X ч. 1 ст. 2013, прим.). Затѣмъ, законъ говоритъ о займѣ припасовъ на морѣ, который совершается капитаномъ парохода въ случаѣ крайняго недостатка жизненныхъ припасовъ (т. XI ч. 2 уст. тор. ст. 434—437). Если подобное отношеніе законъ называетъ займомъ, то оно будетъ

таковымъ всюду, не только въ Закавказьѣ или на морѣ, но и въ прочихъ мѣстностяхъ Россійской Имперіи (ср. т. II пол. объ инор., ст. 38, прим. II, ст. 1).

c. Цѣль займа—пріобрѣсти *право собственности* на замѣнимыя вещи. Соотвѣтственно тому взявшій ихъ имѣетъ полное право распоряженія ими по своему усмотрѣнію, и давшій ихъ не въ правѣ потребовать ихъ обратно, напр., въ случаѣ неплатежа въ срокъ процентовъ. Поэтому вкладъ, внесенный въ банкъ на текущій счетъ, дѣлаетъ банкъ собственникомъ денегъ, уплаченныхъ въ его кассу, а вкладчикъ пріобрѣтаетъ право требованія на опредѣленную сумму денегъ. Это весьма важный выводъ для рѣшенія вопроса, кто несетъ рискъ за случайную гибель вклада, напр., при платежѣ по подложному чеку. Банки, опасаясь, что этотъ рискъ падаетъ на нихъ, какъ на собственниковъ вкладовъ, стараются опровергнуть конструкцію вклада, какъ займа. Къ сожалѣнію, это направленіе встрѣчаетъ поддержку въ Сенатѣ, который разсматриваетъ вкладчика, какъ хозяина, а банкъ, какъ его кассира (кас. рѣш. 1892, № 114). Но такой взглядъ не соотвѣтствуетъ ни экономическому существу вкладовъ, ни юридической формѣ этой операціи. Съ экономической точки зрѣнія банкъ занимаетъ, чтобы отдавать въ заемъ, дѣлается должникомъ, чтобы стать кредиторомъ. Съ юридической точки зрѣнія, если бы банкъ былъ только кассиромъ, то при несостоятельности онъ долженъ бы подвергнуться уголовной отвѣтственности за растрату ввѣреннаго имущества, хотя на такой выводъ сами банки едвали пойдутъ. То обстоятельство, что правила о займѣ, постановленныя въ т. X ч. 1, не объемлютъ займовъ въ кредитныхъ установленіяхъ (т. X ч. 1, ст. 2012), не подтверждаетъ того, чтобы вкладъ нельзя было разсматривать, какъ заемъ, а напротивъ подкрѣпляетъ положеніе, что банковые займы съ точки зрѣнія нашего законодательства должны признаваться за займы.

d. Дѣйствіе, которое составляетъ содержаніе обязательства, основаннаго на займѣ, заключается въ *возвращеніи цѣнности*. Возвращены должны быть не тѣ же вещи, что̀ были взяты, а только подобныя, того же рода и въ томъ же количествѣ. Это вытекаетъ изъ того, что переданы были вещи замѣнимыя, а не индивидуальныя, и что право собственности на нихъ перешло къ должнику. Такъ какъ заемъ направленъ къ установленію обязанности возвратить взятое, то нѣтъ займа тамъ, гдѣ не было предварительно взято, потому что тогда не можетъ быть

рѣчи о возвращеніи. Вотъ почему наше законодательство совершенно справедливо признаетъ ничтожнымъ заемъ, если обнаружится его безденежность (т. X ч. 1 ст. 2014), т.-е. если окажется, что должникъ принялъ на себя обязательство возвратить, не взявъ ничего отъ кредитора. Законъ оказываетъ противодѣйствіе такимъ сдѣлкамъ не по теоретическимъ соображеніямъ, а въ предупрежденіе ущерба для третьихъ лицъ. Подобныя сдѣлки встрѣчаются нерѣдко, напр., при несостоятельности должникъ выдаетъ обязательства на себя своимъ родственникамъ и близкимъ знакомымъ, чтобы они, предъявивъ свои требованія въ конкурсъ, удержали нѣкоторую часть имущества, которое должно идти въ раздѣлъ между настоящими кредиторами. Заемныя обязательства выдаются иногда въ обходъ закона: напр., законъ запрещаетъ завѣщать родовое имущество; собственникъ, желая передать эту цѣнность лицу, не имѣющему права законнаго наслѣдованія послѣ него, выдаетъ ему заемное обязательство, чтобы тотъ, послѣ его смерти, обратилъ взысканіе на родовую недвижимость. Если безденежность заемнаго обязательства будетъ доказана, то оно признается недѣйствительнымъ. Однако, тамъ, гдѣ законъ не опасается злого умысла со стороны должника, онъ оставляетъ теоретическую точку зрѣнія и допускаетъ дѣйствительность и возможность займа, основаннаго на пользованіи трудомъ или услугами кредитора, на передачѣ товаровъ и издѣлій или вообще на поступленіи какой-либо цѣнности отъ кредитора къ должнику (т. X ч. 1 ст. 2017). Можетъ быть, съ точки зрѣнія экономической подобный взглядъ и вѣренъ, но въ юридическихъ понятіяхъ онъ способенъ произвести полное смѣшеніе, потому что понятіе о займѣ охватитъ собою всѣ другіе договоры: куплю-продажу, личный и имущественный наемъ, довѣренность, коммиссію и пр. Слѣдуя по намѣченному закономъ пути, практика наша дошла до заключенія, что заемное обязательство, данное вслѣдствіе дара, т.-е. выражающее собою обязательство дарителя передать подаренную, но при самомъ совершеніи дара не переданную сумму, не можетъ быть признано безденежнымъ (кас. рѣш. 1875, № 473). Такимъ образомъ оказывается возможнымъ заемъ, т.-е. обязанность возвратить то, что̀ никогда не было получено.

II. Заключеніе договора. Совершеніе договора займа предполагаетъ вполнѣ свободное соглашеніе и сознаніе совершонной сдѣлки. Лица недѣеспособныя не могутъ заключать

договора займа, и на этотъ-то договоръ обращаетъ особенное вниманіе законодатель, когда стремится оградить интересы лицъ, состоящихъ подъ опекою, потому что заемъ представляетъ наибольшую для нихъ опасность. Договоръ займа, заключенный несовершеннолѣтнимъ, сумасшедшимъ, расточителемъ—недѣйствителенъ, когда пассивнымъ субъектомъ является недѣеспособное лицо. Напротивъ, когда недѣеспособное лицо является активнымъ субъектомъ, то договоръ займа, въ виду его односторонности, сохраняетъ свою силу.

Если предметомъ займа являются деньги, то занимаемая сумма должна непремѣнно быть опредѣлена россійскою монетою (т. X ч. 1 ст. 2013). Законъ не даетъ никакой санкціи этому предписанію. Конечно, когда заемъ совершается при участіи нотаріуса, послѣдній не совершитъ акта иначе, какъ на русскую монету. Но когда заемъ совершается домашнимъ порядкомъ, то нѣтъ никакого контроля надъ контрагентами, и ни одинъ судъ не рѣшится отказать въ искѣ кредитору, представившему несомнѣнное заемное письмо, потому только, что оно писано не на рубли, а на франки или марки (кас. рѣш. 1888, № 37).

По нѣкоторымъ соображеніямъ законъ отвергаетъ юридическое значеніе за договоромъ займа въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ заключается: 1) подложно, во вредъ конкурса, надъ несостоятельнымъ учрежденнаго, и 2) по игрѣ и для игры съ вѣдома о томъ кредитора (т. X ч. 1 ст. 2014). Въ послѣднемъ случаѣ законъ преслѣдуетъ мотивъ, по которому заключается заемъ, признавая безнравственность и вредность для частнаго хозяйства такихъ договоровъ. Законъ предусматриваетъ два случая, когда заемъ сдѣланъ по игрѣ и когда сдѣланъ для игры. а) *Заемъ по игрѣ* составляетъ въ сущности не заемъ, а долгъ по игрѣ, платежъ котораго, въ виду указаннаго постановленія закона, составляетъ дѣло чести—недостаточность юридической защиты восполняется нравственною защитою. Долгъ по игрѣ, образовавшійся вслѣдствіе проигрыша, будетъ недѣйствительнымъ во всякомъ случаѣ, хотя бы обѣ стороны были согласны на установленіе обязательства. То обстоятельство, что одинъ изъ игравшихъ не зналъ, что другой не имѣетъ наличныхъ денегъ для уплаты проигрыша, не можетъ служить основаніемъ къ признанію силы за долговымъ обязательствомъ, выданнымъ по игрѣ. Не имѣетъ также значенія и то, дозволена ли игра, послужившая основаніемъ долга, какъ, наприм., тотализаторъ,

или же запрещена (кас. рѣш. 1904, № 84). b) *Заемъ для игры* имѣетъ мѣсто тогда, когда производится заемъ у третьяго лица для платежа проигранной суммы лицу выигравшему. Напр., нѣсколько лицъ играли въ карты, и одинъ изъ игроковъ, проигравшій свыше бывшей у него суммы, занимаетъ у другого игрока или у одного изъ присутствующихъ при игрѣ для продолженія игры. Это лицо не могло не знать, для какой цѣли совершается заемъ, и потому договоръ съ нимъ, по смыслу закона, недѣйствителенъ, его требованіе къ занявшему не можетъ имѣть юридической силы. Если же, напр., проигравшій обязался заплатить свой долгъ на другой день и въ виду этого ѣдетъ къ своему другу, занимаетъ у него деньги, не говоря ему о цѣли займа, то его обязательство имѣетъ полную силу (ст. 2019). Слѣдуетъ имѣть въ виду, что законъ говоритъ только о долгахъ по игрѣ и для игры, а не о самой игрѣ, и потому расплата по игрѣ сохраняетъ полную юридическую силу, такъ что не можетъ быть и рѣчи о требованіи назадъ уплаченнаго послѣ игры проигрыша. Если произошелъ платежъ по долговому обязательству, основанному на игрѣ, то для уплатившаго не закрывается возможность требовать обратно уплаченнаго, такъ какъ исполненіе по недѣйствительному обязательству не можетъ имѣть силы, а такъ называемыхъ натуральныхъ обязательствъ, которыя охраняются не искомъ, а возраженіемъ, наше законодательство не знаетъ.

Договоръ займа совершается передачею денегъ или другихъ замѣнимыхъ вещей отъ кредитора должнику. Но, кромѣ того, для доказательности договора законъ предписываетъ облечь его въ *письменную форму*. Эта послѣдняя необходима только для доказательства, но не для дѣйствительности займа, который можетъ быть заключенъ значительно ранѣе облеченія его въ установленную форму. Договоръ займа можетъ быть совершенъ или нотаріальнымъ или домашнимъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 2031), но во всякомъ случаѣ долженъ быть облеченъ въ письменную форму, хотя бы въ видѣ частныхъ писемъ, и не можетъ быть доказываемъ свидѣтельскими показаніями.

1. Обязательство по займу, составленное у нотаріуса, называется крѣпостнымъ заемнымъ письмомъ и должно быть удостовѣрено подписью, по крайней мѣрѣ, двухъ свидѣтелей (т. X ч. 1 ст. 2033). Преимущества крѣпостного заемнаго письма передъ домашнимъ заключаются: а) въ устраненіи возможности со стороны самого должника спорить о безденежности займа,

b) въ удовлетвореніи при конкурсѣ преимущественно передъ домашнимъ, c) въ возможности требовать, чтобы судъ обезпечилъ искъ, основанный на такомъ документѣ (уст. гражд. суд. ст. 595).

2. Обязательство по займу, составленное дома, называется домашнимъ или домовымъ заемнымъ письмомъ и пишется безъ свидѣтелей. Домашнее заемное письмо представляется малонадежнымъ обезпеченіемъ кредитора. По такому документу кредиторъ: a) не можетъ требовать законной неустойки въ случаѣ просрочки со стороны должника, b) при конкурсѣ не получаетъ удовлетворенія, равнаго съ прочими кредиторами, а удовлетворяется лишь изъ остатковъ (т. X ч. 1 ст. 2039). Чтобы избѣжать такихъ невыгодныхъ послѣдствій, необходимо явить письмо нотаріусу не позже, какъ въ семидневный срокъ, если предъявитель живетъ въ городѣ, и въ мѣсячный, если онъ живетъ въ уѣздѣ (т. X ч. 1 ст. 2036). Явка, по смыслу закона, должна быть произведена самимъ должникомъ. Трудно предполагать, чтобы должникъ согласился всегда на этотъ невыгодный для него актъ послѣ того, какъ получилъ деньги. Зная это, очевидно, и кредиторъ не согласится дать деньги, пока должникъ не представитъ ему явленнаго уже письма. Въ виду этихъ формальностей и послѣдствій ихъ упущенія заемное письмо въ нашемъ быту совершенно вытѣснено простымъ векселемъ.

III. Проценты. Между случайными принадлежностями заемнаго обязательства важное мѣсто занимаетъ условіе о процентахъ. Подъ именемъ процента понимается вознагражденіе за пользованіе чужимъ капиталомъ, выраженное въ долѣ однородныхъ вещей. Хотя въ дѣйствительности большинство займовъ соединяется съ процентами, но отсюда нельзя заключить, чтобы условіе о нихъ составляло необходимую принадлежность заемнаго договора. Напротивъ, изъ того обстоятельства, что обыкновенно заемъ соединяется съ назначеніемъ процентовъ за пользованіе капиталомъ, слѣдовало бы вывести заключеніе, что возмездность составляетъ обыкновенный элементъ займа. Однако, нашъ законъ, постановляя, что по займамъ «дозволяется назначать» условленный ростъ (т. X ч. 1 ст. 2020), очевидно, смотритъ иначе и относитъ возмездность къ случайнымъ элементамъ сдѣлки. Кредиторъ, какъ лицо заинтересованное, обязанъ обратить вниманіе на это обстоятельство (т. X ч. 1 ст. 1539 п. 5).

Проценты могутъ быть условленные или узаконенные. Если въ договорѣ указанъ размѣръ процентовъ, то кредиторъ имѣетъ право требовать условленнаго роста; если въ договорѣ упомянуты проценты, но не указанъ размѣръ, то кредиторъ имѣетъ право на узаконенный ростъ. Если, наконецъ, въ договорѣ вовсе не упомянуто о процентахъ, то кредиторъ не имѣетъ права требовать даже узаконеннаго роста. Опредѣленіе размѣра процента предоставлено прежде всего взаимному соглашенію контрагентовъ (т. X ч. 1 ст. 2020). Эта свобода установленія роста подвергается въ нашемъ законодательствѣ, какъ и на Западѣ, довольно частымъ колебаніямъ. До 1879 года у насъ запрещалось взиманіе роста свыше 6%, и процентъ, превышающій эту норму, составлялъ лихву, которая влекла за собою уголовное наказаніе. Въ этомъ году примѣръ Запада и торжество либеральныхъ экономическихъ воззрѣній побудили русскаго законодателя отмѣнить эти постановленія, предоставивъ полную свободу назначать размѣръ роста. Вскорѣ, однако, на Западѣ обнаружилось обратное движеніе, особенно въ Германіи (законы 24 мая 1880 и 19 іюня 1893 гг.). Поэтому и у насъ законъ 1893 года возвратился къ прежней системѣ стѣсненія свободы соглашенія. Новый законъ, въ противоположность прежнему, не задается установленіемъ предѣльной нормы, но опредѣляетъ совокупность обстоятельствъ, при которыхъ взиманіе роста можетъ быть недозволеннымъ. Законъ предусматриваетъ два случая. Когда даются въ заемъ деньги лицомъ, не занимающимся такими сдѣлками въ видѣ профессіи, недѣйствительность соглашенія о процентахъ наступаетъ: 1) если условленъ чрезмѣрный ростъ, т.-е. свыше 12%; и 2) если занявшее лицо вынуждено было своими стѣсненными обстоятельствами, извѣстными кредитору, принять условія займа, крайне обременительныя и тягостныя по своимъ послѣдствіямъ. Второй случай тотъ, когда деньги даны въ заемъ лицомъ, которое «занимается ссудами». Недѣйствительность соглашенія о процентахъ на этотъ разъ обусловливается: 1) чрезмѣрностью роста, т.-е. превышеніемъ 12% нормы, и 2) сокрытіемъ чрезмѣрнаго роста какимъ-либо способомъ, напр., включеніемъ процентовъ въ капитальную сумму, въ видѣ платы за храненіе или неустойки (уст. наказ. ст. 180²–). Слѣдовательно, заемное обязательство остается въ силѣ, а недѣйствительнымъ оказывается только условіе о процентахъ. Изъ словъ закона можно заключить, что кредиторъ, выговорившій себѣ ростъ свыше 12% или воспользовавшійся тяжелымъ по-

ложеніемъ должника, лишается права не только на условленный, но и на узаконенный ростъ.

Установленіе процента свыше узаконеннаго роста (6%) нѣсколько ограничиваетъ права кредитора. По займамъ, по которымъ условленные проценты превышаютъ узаконенный ростъ, должникъ имѣетъ право во всякое время, спустя 6 мѣсяцевъ по заключеніи займа, возвратить занятый капиталъ, съ тѣмъ, однако, чтобы кредиторъ былъ письменно предупрежденъ объ этомъ не менѣе, какъ за 3 мѣсяца (т. X ч. 1 ст. 2023).

Проценты исчисляются только на самый капиталъ, а не на проценты. Проценты на проценты (анатоцизмъ), опять-таки въ размѣрѣ 6%, исчисляются при наличности двухъ условій: a) когда проценты не были уплачены за срокъ не менѣе года и b) когда того потребовалъ кредиторъ (т. X ч. 1 ст. 2022). Однако, относительно суммъ, внесенныхъ въ государственныя сберегательныя кассы, постановлено, что въ началѣ каждаго года нарос-шіе за предыдушій годъ проценты причисляются къ капиталу вкладчика для дальнѣйшаго приращенія изъ процентовъ (т. XI, ч. 2, уст. кред. разд. V, ст. 50).

IV. Передача заемныхъ писемъ. Заемныя письма, какъ крѣпостныя, такъ и домашнія, въ противоположность закладнымъ, подлежатъ свободной передачѣ безъ согласія должника (т. X ч. 1 ст. 2058). Послѣдствіемъ передачи будетъ то, что изъ обязательственнаго отношенія выйдетъ прежній активный субъектъ и его мѣсто займетъ другой. Въ случаѣ неудовлетворенія со стороны должника, новый вѣритель не въ правѣ обращаться со взысканіемъ къ прежнему, который, въ противоположность вексельному надписателю, не отвѣчаетъ за осуществимость обязательственнаго права. Зато передавшій заемное письмо отвѣчаетъ, если переданное право оказалось недѣйствительнымъ; но отвѣтственность его за недѣйствительность права требованія основывается не на обязательственномъ заемномъ отношеніи, а на неосновательномъ обогащеніи.

Форма передачи выражается обыкновенно въ передаточной надписи на самомъ заемномъ письмѣ (т. X ч. 1 ст. 2059). Передаточная надпись должна быть явлена цедентомъ тѣмъ же порядкомъ, въ тѣ же сроки и съ тѣми же невыгодными послѣдствіями упущенія, какъ и при совершеніи заемнаго письма (т. X ч. 1 ст. 2060). Но передаточная надпись не составляетъ единственной формы передачи права по заемному обязательству. Нѣтъ никакого основанія не признавать такой же юридической силы и за передачею по особому документу.

V. Исполненіе по заемному обязательству. Оно выражается въ платежѣ денегъ, въ возвращеніи того количества замѣнимыхъ вещей, какое было взято. Полное удовлетвореніе вѣрителя носитъ названіе платежа, частичное исполненіе называется уплатою (т. X ч. 1 ст. 2051). Послѣднее возможно только при особомъ на то соглашеніи. Удостовѣреніе исполненія можетъ выразиться или на самомъ заемномъ письмѣ или въ другомъ документѣ.

1. Заемное письмо удостовѣряетъ исполненіе, или когда на немъ есть надпись кредитора объ удовлетвореніи, или когда оно носитъ внѣшніе знаки, внушающіе предположеніе объ исполненіи. a) По общему правилу, *надпись объ удовлетвореніи* совершаетъ вѣритель. Спрашивается, какое значеніе имѣетъ заемное письмо, когда на немъ имѣется надпись должника объ удовлетвореніи имъ вѣрителя? Нельзя не принять съ соображеніе, что, по естественному порядку, документъ всегда находится въ рукахъ вѣрителя и самая возможность для должника совершить надпись на своемъ заемномъ письмѣ невольно вызываетъ предположеніе, что кредиторъ самъ допустилъ это сдѣлать, а допустить онъ могъ подъ условіемъ удовлетворенія. Какъ предположеніе, оно можетъ быть опровергнуто доказательствами кредитора, что надпись была совершена на документѣ помимо его воли. b) Наддранное заемное письмо, говоритъ законъ, если находится въ рукахъ должника, служитъ обыкновенно въ (коммерческомъ) судѣ доказательствомъ платежа, когда противное тому не будетъ доказано (т. X ч. 1 ст. 2053). Дѣло въ томъ, что въ торговомъ оборотѣ документы не уничтожаются, а сохраняются для цѣлей счетоводства. Документъ только портится, надрывается, перечеркивается, штемпелюется, въ отличіе отъ цѣлыхъ и чистыхъ документовъ, сохраняющихъ еще свою юридическую силу. Предположеніе платежа основывается въ данномъ случаѣ на двухъ обстоятельствахъ: порчѣ документа и нахожденіи его въ рукахъ должника. Но, какъ предположеніе, оно можетъ быть опровергнуто доказательствами, что наддраніе документа и нахожденіе его въ рукахъ должника произошли случайно, помимо воли кредитора.

2. Удостовѣреніе исполненія можетъ найти себѣ мѣсто и внѣ заемнаго письма. Вмѣсто платежной надписи дозволяется брать въ уплатѣ о платежѣ долга *платежную росписку*, въ которой означается, что она выдана въ удостовѣреніе погашенія обязательства. Росписка должна быть подписана вѣрителемъ (т. X

ч. 1 ст. 2054). Ясно, что доказательная сила росписки основывается на предположеніи, что она относится къ тому именно заемному письму, которымъ удостовѣряется существованіе даннаго долга. Кромѣ платежной росписки, платежъ или уплата долга по заемному обязательству могутъ быть доказываемы и всякими другими письменными средствами, напр., распиской кредитора въ росписной или памятной книжкѣ должника, почтовыми квитанціями объ отсылкѣ должникомъ кредитору денегъ. Оцѣнка значенія всѣхъ подобныхъ документовъ принадлежитъ суду.

Въ случаѣ просрочки въ исполненіи заемнаго обязательства, вѣритель имѣетъ право взыскивать: 1) сумму долга, 2) условленные или узаконенные (6%) проценты и 3) условленную или узаконенную (3%) неустойку со всего неуплаченнаго капитала. На случай несостоятельности, кредитору необходимо обезпечить себя одною мѣрою — это новою явкою нотаріусу вслѣдствіе просрочки въ теченіе 3 мѣсяцевъ: упущеніе явки этой влечетъ за собою отстраненіе такого обязательства передъ другими въ конкурсѣ.

§ 46.

Дареніе.

Литература: Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 363 — 394; Умовъ, *Дареніе, его понятіе, характеристическія черты и мѣсто въ системѣ права*, 1876; Винаверъ, *Дареніе и завѣщаніе*. (Изъ области цивилистики, 1908, стр. 97.)

I. Понятіе о дареніи. *Дареніемъ называется безвозмездный договоръ, направленный непосредственно на увеличеніе имущества одаряемаго въ соотвѣтствіи съ уменьшеніемъ имущества дарителя.*

а. Дареніе представляетъ собою сдѣлку, основанную на взаимномъ соглашеніи, а не на волѣ одного дарителя. До принятія предлагаемаго дара лицомъ одаряемымъ дареніе не имѣетъ силы. Поэтому-то дареніе признается *договоромъ*. Между тѣмъ другіе отводятъ даренію иное мѣсто въ системѣ гражданскаго права. Исходя изъ того взгляда, что въ большинствѣ случаевъ дареніе направлено къ перенесенію права собственности съ одного лица на другое и что переходъ этотъ совершается одновременно съ моментомъ соглашенія,—причисляютъ дареніе къ способамъ пріобрѣтенія собственности (Побѣдоносцевъ). Одна-

ко, тотъ фактъ, что дареніе чаще всего направлено къ перенесенію права собственности, еще не даетъ основанія игнорировать тѣ случаи даренія, когда оно чуждо этой цѣли. Во-вторыхъ, даже въ дареніи, направленномъ на перенесеніе права собственности, моментъ перехода послѣдняго не всегда совпадаетъ съ моментомъ соглашенія, и тогда между дарителемъ и одаряемымъ устанавливается обязательственное отношеніе. Иные, принимая въ соображеніе, что посредствомъ даренія возможно установленіе всѣхъ видовъ правъ, отводятъ мѣсто дарению въ общей части гражданскаго права (Мейеръ). Но съ педагогической точки зрѣнія едва ли это удобно, потому что по поводу даренія пришлось бы излагать положенія, которымъ мѣсто только въ особенной части. Наше законодательство признаетъ, что даръ почитается недѣйствительнымъ (несостоявшимся?), когда отъ него отречется тотъ, кому онъ назначенъ (т. X ч. 1 ст. 973). Послѣ этого слѣдовало ожидать, что законодатель причислитъ дареніе къ договорамъ, а между тѣмъ онъ помѣстилъ его въ отдѣлѣ «о порядкѣ пріобрѣтенія и укрѣпленія правъ на имущества въ особенности». Тѣмъ не менѣе совокупность постановленій нашего закона о дареніи характеризуетъ его именно какъ договорное отношеніе.

b. Въ числѣ признаковъ даренія находится *безвозмездность* сдѣлки. Съ юридической точки зрѣнія подъ безвозмездностью слѣдуетъ понимать только то, что передаваемой цѣнности не соотвѣтствуетъ эквивалентъ. Нельзя, напр., считать возмезднымъ дареніе потому, что за подаренные ножъ или ружье одаряемый вручаетъ дарителю монету, руководствуясь народнымъ предразсудкомъ, что желѣзо и сталь дарить опасно. Безвозмездный характеръ не устранится отъ того обстоятельства, что одаряемый оказалъ дарителю какія-нибудь личныя услуги, напр., спасъ жизнь, устроилъ дѣло, далъ мѣсто и т. п. Мотивы при дареніи, можетъ быть очень далекіе отъ чувства безкорыстія, не имѣютъ никакого значенія для юридической стороны вопроса. Даритель можетъ имѣть въ виду своими подарками расположить къ себѣ извѣстное лицо и заставить его изъ благодарности оставить ему наслѣдство. Безвозмездный характеръ даренія вліяетъ на степень отвѣтственности дарителя за отчуждаемое право на вещи и за недостатки вещей.

c. Дареніе направлено къ *увеличенію имущества одаряемаго*. Это составляетъ его непосредственную цѣль, а потому не подходитъ подъ понятіе даренія такая мѣновая сдѣлка, въ

которой одна сторона выигрываетъ болѣе другой, потому что такое обогащеніе составляетъ случайный элементъ и не является прямою цѣлью соглашенія. Не будетъ дареніемъ, когда должникъ, снисходя къ кредитору, предоставляетъ ему въ обезпеченіе его права требованія залогъ или поручительство, потому что этимъ дѣйствіемъ онъ не увеличиваетъ цѣнности имущества своего вѣрителя, а только обезпечиваетъ его права. Увеличеніе имущества одаряемаго производится: 1) передачею вещей въ его собственность; 2) предоставленіемъ ему другихъ вещныхъ правъ, съ которыми соединено пользованіе; 3) установленіемъ обязательственнаго отношенія, въ которомъ одаряемому присваивается право требованія; 4) освобожденіемъ одаряемаго отъ обязательства или устраненіемъ ограниченія его права собственности.

d. Увеличенію имущества лица одаряемаго соотвѣтствуетъ *уменьшеніе имущества дарителя.* Этимъ признакомъ дареніе отличается отъ завѣщанія. По завѣщанію наслѣдодатель оставляетъ все свое имущество или часть другому лицу, но имущество его не уменьшается, пока онъ живъ, а послѣ его смерти это имущество будетъ принадлежать уже не наслѣдодателю, а наслѣднику. Здѣсь не можетъ быть рѣчи о соотвѣтственномъ уменьшеніи и увеличеніи имуществъ двухъ лицъ, потому что имущества ихъ сливаются въ моментъ перехода цѣнности. Съ точки зрѣнія того же признака не будетъ дареніемъ страхованіе жизни въ пользу третьяго лица, потому что увеличеніе имущества этого послѣдняго не связано съ уменьшеніемъ имущества страхователя.

e. Договорное соглашеніе, въ силу котораго состоялось на одной сторонѣ обогащеніе, на другой—уменьшеніе имущества, не составитъ еще даренія. Требуется еще *намѣреніе одарить*, т.-е. произвести описанный результатъ. Если лицо, желая помочь другому въ деликатной формѣ, сознательно покупаетъ у него домъ по очень высокой цѣнѣ—даренія нѣтъ, потому что нѣтъ намѣренія одарить.

Дареніе есть общее названіе описанной сдѣлки. Она получаетъ спеціальное наименованіе приданаго, когда совершается по поводу замужества,—пожертвованія, когда совершается частнымъ лицомъ въ пользу государства или общества,—пожалованія, когда совершается отъ имени государства частному лицу.

II. Совершеніе даренія. Такъ какъ дареніе представляетъ собою договорное отношеніе, то оба лица, участвующія

въ немъ, должны обладать общею гражданскою дѣеспособностью. Напримѣръ, несовершеннолѣтній не можетъ ни дарить, ни принимать дара безъ согласія попечителя, потому что нерѣдко даримое имущество можетъ быть опаснымъ для его интересовъ, скрывая въ себѣ долги, превышающіе его стоимость. Для принятія въ видѣ дара недвижимости церковью или монастыремъ требуется Высочайшее разрѣшеніе (т. X ч. 1 ст. 985). Въ противоположность римскому праву и принявшимъ его взглядъ западнымъ законодательствамъ, русское право заявляетъ, что дареніе между супругами производится на томъ же основаніи, какъ между посторонними лицами (т. X ч. 1 ст. 978). Постановленіе это является совершенно излишнимъ, потому что оно вытекаетъ логически изъ идеи раздѣльности имущества между супругами, такъ что, при молчаніи законодателя, возможность даренія слѣдовала бы сама собою.

Когда дареніе направлено на установленіе права собственности въ лицѣ одаряемаго, то передаваемая вещь должна быть способной къ такой сдѣлкѣ. Ограниченіе существуетъ относительно недвижимостей. Благопріобрѣтенное, какъ недвижимое, такъ и движимое, собственникъ можетъ дарить совершенно свободно; родовое же имѣніе запрещается дарить кому бы то ни было мимо ближайшихъ родственниковъ (т. X ч. 1 ст. 967). Заповѣдныя и маіоратныя имѣнія не могутъ быть предметомъ даренія, потому что запрещено ихъ отчужденіе, а потому немыслимъ и обходъ закона, практикующійся нерѣдко въ отношеніи родовыхъ недвижимостей.

Въ силу даренія даритель или передаетъ право собственности, или обязывается передать, или отрекается отъ своего права требованія. Соотвѣтственно тому разнообразится и *форма даренія*. Если вслѣдствіе даренія устанавливается обязательственное отношеніе, въ силу котораго даритель обязывается въ будущемъ передать вещь, то не требуется письменной формы. Если же въ силу даренія одновременно съ соглашеніемъ должна слѣдовать передача права собственности, то форма даренія различается, смотря потому, касается ли она движимыхъ или недвижимыхъ вещей. Для даренія движимыхъ вещей законъ не устанавливаетъ письменной формы. Дареніе исполняется врученіемъ даримой вещи тому, кому она назначается, и поступленіемъ ея въ его распоряженіе (т. X ч. 1 ст. 993). Право собственности пріобрѣтается одаряемымъ съ момента передачи. Дареніе недвижимостей соединено съ фор-

мальностями, установленными для перехода вообще недвижимостей, слѣдовательно, должно совершаться крѣпостнымъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 987). Актъ, которымъ укрѣпляется право собственности на недвижимость на основаніи даренія, называется *дарственною записью*. Дареніе, какъ обязательство, имѣетъ силу съ момента состоявшагося соглашенія, выраженнаго въ той формѣ, которая установлена закономъ для перехода права собственности. А такъ какъ эта форма состоитъ изъ нѣсколькихъ раздѣльныхъ дѣйствій (совершенія акта у нотаріуса, утвержденія его старшимъ нотаріусомъ), то слѣдуетъ признать, что до окончанія цѣлаго обряда укрѣпленія наслѣдники дарителя могутъ отказаться отъ исполненія даренія (contra кас. рѣш. 1887, № 80). Право же собственности пріобрѣтается позднѣе вводомъ во владѣніе (т. X ч. 1 ст. 992).

Если дареніе состоитъ въ обязательствѣ передать вещь, то *гибель вещи* или изъятіе ея изъ обращенія являются достаточнымъ основаніемъ для прекращенія обязательственнаго отношенія. Отвѣтственность дарителя за сохраненіе подаренной вещи до передачи можетъ возникнуть только въ случаѣ злого умысла или грубой неосторожности, близкой къ первому. Хотя отъ воли самого дарителя зависѣло установить обязательственное отношеніе, но, если оно установлено, оно должно быть выполнено, тѣмъ болѣе, что одаренный, въ виду своего права, могъ сдѣлать соотвѣтствующія распоряженія и вступить въ сдѣлки. Но, съ другой стороны, отвѣтственность его и не можетъ быть чрезмѣрной, въ виду безмезднаго характера сдѣлки, въ виду оказываемаго имъ благодѣянія.

III. Возвращеніе дара. Въ силу даренія, направленнаго къ передачѣ права собственности, одаряемый становится собственникомъ вещи, а потому прекращеніе даренія, собственно говоря, не можетъ имѣть мѣста. Дареніе способно прекратиться, пока оно находится въ стадіи обязательственнаго отношенія. Когда же одаряемый пріобрѣлъ вещное право на подаренную вещь, то она входитъ въ составъ актива его имущества и переходитъ къ наслѣдникамъ (т. X ч. 1 ст. 977). Однако, законъ можетъ постановить, что съ наступленіемъ извѣстнаго юридическаго факта одаренный лишается подаренной ему вещи, право собственности на которую вновь устанавливается въ лицѣ дарителя или его наслѣдниковъ. Такое возвращеніе дара возможно только въ указанныхъ закономъ случаяхъ. Вещь возвращается въ томъ видѣ, какой она имѣетъ въ моментъ

наступленія юридическаго факта. Всѣ собранные до того плоды остаются за одареннымъ. Если вещь была отчуждена, то возвращеніе вещи уже невозможно, но одаренный отвѣчаетъ цѣнностью отчужденной вещи, потому что требованіе возвращенія обусловлено, по закону, его виною и, конечно, законъ не могъ имѣть въ виду допустить, чтобы одаренный, съ отчужденіемъ вещи, безнаказанно совершалъ дѣйствія, съ которыми связывается возвращеніе дара.

Возвращеніе дара имѣетъ мѣсто: 1) при неисполненіи одареннымъ условія, подъ которымъ совершено было дареніе, 2) при неблагодарности одареннаго въ отношеніи дарителя, 3) при безпотомственной смерти одаренныхъ дѣтей, 4) при несостоятельности дарителя. По взаимному соглашенію получившій даръ можетъ возвратить его. Съ точки зрѣнія юридической, на подобную сдѣлку слѣдуетъ смотрѣть какъ на новое дареніе.

1. Дареніе, какъ договоръ, можетъ быть совершено подъ условіемъ. Дары между частными лицами дозволяется дѣлать на такихъ условіяхъ объ образѣ пользованія и управленія даримымъ имуществомъ, какія даритель за благо признаетъ, лишь бы только условія эти не были противны законамъ (т. X ч. 1 ст. 975). Напримѣръ, даритель, передавая имѣніе, обязываетъ одареннаго уплачивать часть доходовъ извѣстному лицу, или, передавая домъ, обязываетъ оставить за извѣстнымъ лицомъ пользованіе одною изъ квартиръ. *Неосуществленіе условія*, подъ которымъ было сдѣлано дареніе, влечетъ за собою возвращеніе дара (т. X ч. 1 ст. 976), т.-е. даритель или его наслѣдники могутъ требовать отъ одареннаго возвращенія вещи или цѣнности подаренной вещи, если послѣдняя перешла уже въ собственность третьихъ лицъ.

2. Разсматривая дареніе, какъ актъ щедрости, которымъ одаренный нравственно обязывается передъ дарителемъ, наше законодательство, по примѣру западныхъ (франц. гражд. код. § 955, герм. гражд. улож. § 530, швейц. обяз. законъ § 249), признаетъ *неблагодарность* одареннаго основаніемъ къ возвращенію дара. Если принявшій даръ учинитъ покушеніе на жизнь дарителя, причинитъ ему побои или угрозы, оклевещетъ его въ какомъ-либо преступленіи или вообще окажетъ ему явное непочтеніе, то даритель имѣетъ право требовать возвращенія дара (т. X ч. 1 ст. 974). Понятіе о явномъ непочтеніи довольно неопредѣленное. Подъ него можно подвести всякое

оскорбленіе личности дарителя. Конечно, суду принадлежитъ право обсуждать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, есть ли наличность явнаго непочтенія, дающаго возможность прекратить дѣйствіе даренія. Для требованія возвращенія дара нѣтъ надобности въ предварительномъ признаніи факта побоевъ, клеветы или обиды уголовнымъ судомъ: даритель, и не жалуясь въ уголовномъ порядкѣ, въ правѣ обратиться непосредственно къ суду гражданскому и требовать возвращенія дара на основаніи представленныхъ доказательствъ неблагодарности одареннаго (кас. рѣш. 1879, № 193). Однако, при разрѣшеніи вопроса о наличности въ дѣйствіяхъ одареннаго признаковъ явнаго непочтенія по отношенію къ дарителю, судъ обязанъ принять въ соображеніе и поведеніе самого дарителя, вызвавшее эти дѣйствія одареннаго, потому что нельзя допустить, чтобы законъ сознательно предоставилъ дарителю, послѣ совершенія дара, право безнаказанно посягать на человѣческое достоинство одареннаго (кас. рѣш. 1910, № 54).

3. По общему правилу *смерть одареннаго* не имѣетъ никакого вліянія на дальнѣйшія отношенія между нимъ и дарителемъ, и даръ переходитъ, вмѣстѣ съ прочимъ имуществомъ къ его наслѣдникамъ (т. X ч. 1 ст. 977). Но, когда родители или усыновители, при жизни, подарили сыну или дочери, или усыновленнымъ, то въ случаѣ бездѣтной смерти одареннаго при жизни дарителей, подаренное возвращается къ послѣднимъ, не въ видѣ наслѣдства, говоритъ законъ, а «яко даръ» (т. X ч. 1 ст. 1142). Выраженіе закона слѣдуетъ признать неточнымъ—въ видѣ дара подаренная вещь не можетъ возвратиться къ дарителю, потому что съ дареніемъ соединенъ переходъ права собственности и поступленіе подаренной вещи въ составъ имущества одареннаго. А такъ какъ при этомъ право дарителя на извѣстную вещь одареннаго возникаетъ только послѣ смерти послѣдняго, то оно должно быть отнесено къ наслѣдованію восходящихъ родственниковъ.

4. Наконецъ, послѣднимъ основаніемъ возвращенія дара является *несостоятельность дарителя*, признанная въ судебномъ порядкѣ. Естественно предубѣжденіе противъ дареній, совершаемыхъ лицомъ несостоятельнымъ, когда дѣла его были уже въ затруднительномъ положеніи, потому что въ этомъ случаѣ невольно возникаетъ сомнѣніе въ добросовѣстности такихъ сдѣлокъ. Къ сожалѣнію, слишкомъ извѣстно, какъ часто лицо, наканунѣ объявленія его несостоятельнымъ, передаетъ свое

имущество женѣ, дѣтямъ, а потомъ съ наглою откровенностью предлагаетъ кредиторамъ по гривеннику за рубль. Въ виду этого заинтересованныя лица, а во главѣ ихъ конкурсное управленіе, въ правѣ опровергать безмездные акты несостоятельнаго. Основаніемъ опровержимости дарственной сдѣлки является не выставляемое нашимъ закономъ соображеніе, что въ виду долговъ имущество несостоятельнаго принадлежало въ существѣ своемъ его кредиторамъ (уст. суд. торг. ст. 460), потому что это юридически невѣрно. Такимъ основаніемъ можетъ быть признана удостовѣренная или предполагаемая недобросовѣстность несостоятельнаго должника въ отношеніи своихъ кредиторовъ. Для опроверженія дарственныхъ отчужденій, подъ которыми законъ понимаетъ передачу вещей на основаніи даренія, требуются слѣдующія условія: a) отчужденіе должно быть совершено въ теченіе послѣднихъ 10 лѣтъ передъ объявленіемъ несостоятельности; b) отчужденіе должно быть произведено въ пользу супруга несостоятельнаго, а по дѣламъ торговой несостоятельности также въ пользу дѣтей и родственниковъ его; c) отчужденіе въ пользу дѣтей и родственниковъ можетъ быть опровергаемо только при доказательствѣ, что во время отчужденія долги несостоятельнаго превышали уже въ половину его имущество. Въ разсматриваемомъ случаѣ имѣетъ мѣсто настоящее возвращеніе дара, потому что самое дареніе признается недѣйствительнымъ и стороны должны быть поставлены въ прежнее состояніе. Поэтому искъ о возвращеніи дара имѣетъ вещный характеръ, конкурсное управленіе въ правѣ требовать отъ одареннаго выдачи ему самой вещи, а не цѣнности, а если эта вещь перешла по новой сдѣлкѣ къ третьему лицу, то и это послѣднее обязано возвратить ее.

IV. Пожертвованіе. *Добровольное приношеніе на пользу общую называется пожертвованіемъ* (т. X ч. 1 ст. 979). Въ виду такого опредѣленія и назначенія мѣста среди постановленій о дареніи, пожертвованіе должно быть признано видомъ даренія. Признакомъ, квалифицирующимъ этотъ видъ даренія, является то, что одаряемымъ оказывается юридическое лицо, имѣющее общественное значеніе. Общая польза предполагаетъ неопредѣленное количество лицъ, которыя могутъ пользоваться пожертвованными вещами. Поэтому дареніе въ пользу государства, земства, города, учебныхъ заведеній, ученыхъ обществъ и т. п. будетъ пожертвованіемъ. Но дареніе въ пользу совокупности лицъ, представляющихъ лишь свои частные инте-

ресы, какъ, напр., товарищество, родственный союзъ, не будетъ пожертвованіемъ. Хотя приношенія на пользу общую возможны какъ при жизни, такъ и по смерти дарителя, посредствомъ завѣщаній, однако, изъ всѣхъ постановленій закона обнаруживается, что подъ пожертвованіемъ онъ понимаетъ только приношеніе при жизни, т.-е. дареніе.

Жертвовать можетъ всякій, если только онъ дѣеспособенъ. Впрочемъ законъ, въ виду высокой цѣли даренія, обращаетъ вниманіе на личность дарителя и совѣтуетъ принимать въ соображеніе поведеніе и прежній образъ жизни жертвователя. Такъ какъ «порочные люди могутъ дѣлать приношенія съ цѣлью получить награду отъ правительства, чтобы, прикрывъ тѣмъ прежніе свои поступки, сравниться съ отличными въ обществѣ людьми», то воспрещается принимать пожертвованія отъ такихъ лицъ (т. XIII, уст. общ. призр., стт. 33 и 34). Очевидно, законъ этотъ носитъ характеръ инструкціи административнымъ учрежденіямъ. Жертвуемо можетъ быть всякое имущество, которымъ лицо можетъ свободно распоряжаться. Поэтому нельзя жертвовать родовыя, заповѣдныя, маіоратныя имѣнія, недвижимости и капиталы, находящіеся въ пожизненномъ пользованіи.

Какъ видъ даренія, пожертвованіе предполагаетъ согласіе одаряемаго, которое дается тѣмъ учрежденіемъ, въ пользу котораго оно производится. Принятіе въ пользу разныхъ духовныхъ и свѣтскихъ заведеній завѣщаемыхъ или даримыхъ капиталовъ и вещей на всякую сумму разрѣшается министромъ внутреннихъ дѣлъ (т. X ч. 1 ст. 981, особенно въ редакціи Прод. 1906). Земство и городъ самостоятельно принимаютъ дѣлаемыя въ ихъ пользу пожертвованія (т. X ч. 1 ст. 982). Пожертвованія недвижимостей въ пользу церквей, монастырей, архіерейскихъ домовъ принимаются съ Высочайшаго соизволенія (т. X ч. 1 ст. 985). По воспослѣдованіи въ установленномъ порядкѣ принятія, которымъ устанавливается обязательственное отношеніе, слѣдуетъ, по общимъ правиламъ, переходъ и укрѣпленіе права собственности (кас. рѣш. 1887, № 80).

Пользованіе пожертвованнымъ имуществомъ должно слѣдовать тому назначенію, которое дано было жертвователемъ. Уклоненіе отъ его воли даетъ право послѣднему или его наслѣдникамъ требовать возвращенія дара (т. X ч. 1 ст. 986 и кас. рѣш. 1898, № 34). Возможны случаи, когда, вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ, первоначальная цѣль не можетъ

быть достигнута, напр., съ закрытіемъ того учебнаго заведенія, въ пользу котораго произведено было пожертвованіе. Если жертвователя уже нѣтъ въ живыхъ и онъ не предусмотрѣлъ такого случая въ актѣ даренія, то на измѣненіе назначенія пожертвованному имуществу испрашивается Высочайшее разрѣшеніе черезъ совѣтъ министровъ (т. X ч. 1 ст. 986).

V. Пожалованіе. *Дарованіе кому-либо Высочайшимъ указомъ государственной недвижимости въ собственность называется пожалованіемъ* (т. X ч. 1 ст. 934). Признаками, квалифицирующими пожалованіе, какъ видъ даренія, являются слѣдующія условія: a) дарителемъ является Государь Императоръ, какъ представитель государства, а не какъ частное лицо, въ качествѣ котораго онъ можетъ производить дареніе на общемъ основаніи, b) одареннымъ—частное лицо, c) пожалованы могутъ быть только недвижимости и притомъ составляющія государственную принадлежность, а не частную собственность Государя Императора.

Пожалованіе производится въ формѣ Высочайшаго именного указа (т. X ч. 1 ст. 934), въ силу котораго жалуемое лицо пріобрѣтаетъ право на извѣстное количество десятинъ земли. Съ этимъ моментомъ еще не связывается переходъ права собственности, такъ какъ нѣтъ еще опредѣленнаго объекта. Высочайшій указъ создаетъ обязательственное отношеніе между государствомъ и частнымъ лицомъ, въ силу котораго послѣднее пріобрѣтаетъ только право требовать передачи ему извѣстнаго числа десятинъ земли. Только съ момента отвода земли, выдѣленія участка изъ массы государственныхъ имуществъ, которое производится министромъ государственныхъ имуществъ на основаніи Высочайшаго указа,—пріобрѣтается право собственности. Поэтому продажа такого имѣнія, еще не сданнаго, будетъ недѣйствительна. Право требовать сдачи пожалованной земли можетъ быть потеряно за истеченіемъ общей земской давности (т. X ч. 1 ст. 966).

§ 47.

Мировая сдѣлка.

Литература: Анненковъ, *Опытъ комментарія*, т. VI, стр. 225—244; Парамоновъ, *Мировая сдѣлка* („В. Пр.“, 1900, № 3).

Подъ именемъ мировой сдѣлки понимается *договоръ, въ силу котораго контрагенты обязываются ко взаимнымъ уступкамъ,*

въ виду сомнительности принадлежащихъ имъ въ отношеніи другъ друга правъ. Цѣль мировой сдѣлки состоитъ въ томъ, чтобы цѣною обоюдныхъ жертвъ устранить или предупредить споры, процессы, памятуя, что худой миръ лучше доброй ссоры.

a. Мировая сдѣлка является *договоромъ*. Поэтому всѣ субъективныя и объективныя условія, установленныя для договоровъ, имѣютъ полное примѣненіе къ мировымъ сдѣлкамъ. Лицо, вступающее въ такую сдѣлку, должно быть дѣеспособно, а содержаніе ея не должно противорѣчить законамъ и нравственности. Поэтому мировая сдѣлка, заключенная несовершеннолѣтнимъ или несостоятельнымъ, будетъ недѣйствительна, поэтому невозможна мировая сдѣлка относительно неотчуждаемыхъ правъ, правъ состоянія, личныхъ правъ. Мировой сдѣлкѣ свойственны двусторонность и возмездность.

b. Необходима *сомнительность правъ*, какъ основаніе, какъ побудительная причина къ заключенію мировой сдѣлки. Предполагается сомнѣніе сторонъ, заключающихъ мировую сдѣлку, въ неопровержимости ихъ правъ, неувѣренность въ благополучномъ исходѣ процесса, если дѣло дойдетъ до суда. Сомнительность должна быть субъективной, а не объективной: нужно, чтобы контрагенты предполагали возможность неудачнаго исхода процесса, хотя бы для опытнаго юриста дѣло представлялось въ совершенно иномъ свѣтѣ. Однако, субъективность не можетъ переходить въ совершенную безосновательность, которая способна возбудить подозрѣніе въ мотивахъ, побудившихъ стороны къ мировой сдѣлкѣ, напр., если сторона выставляетъ сомнительность безспорнаго векселя. Если право подлежитъ уже судебному разсмотрѣнію, то сомнительность его не устраняется благопріятнымъ рѣшеніемъ двухъ инстанцій, такъ какъ, обжалованное въ кассаціонномъ порядкѣ, оно можетъ повести къ обратнымъ результатамъ. Если же дѣло окончательно рѣшено, безъ возможности его перевершенія, то оно не можетъ служить основаніемъ для мировой сдѣлки. Мировая сдѣлка относительно правъ, не возбуждающихъ никакого сомнѣнія, не теряетъ своей силы, какъ договоръ; если только стороны не заблуждались относительно своихъ правъ, напр., не знали объ окончательномъ рѣшеніи. Но она утрачиваетъ значеніе мировой сдѣлки и принимаетъ дарственный характеръ, который, при наличности нѣкоторыхъ условій, можетъ имѣть своимъ результатомъ опроверженіе сдѣлки, напр., со стороны конкурснаго управленія

с. Третьимъ признакомъ, опредѣляющимъ мировую сдѣлку, является *взаимность уступокъ*. Каждый контрагентъ отступается въ части отъ своего права, въ виду такого же отступленія съ другой стороны. Гдѣ нѣтъ взаимности, тамъ нѣтъ мировой сдѣлки, а есть только дареніе. Поэтому неправильнымъ представляется выраженіе «окончить дѣло миромъ», когда истецъ уменьшаетъ на судѣ свои требованія, которыя отвѣтчикъ соглашается удовлетворить, не дожидаясь судебнаго рѣшенія. Уступки могутъ состоять или въ уменьшеніи объема существующаго требованія, или въ замѣнѣ большаго другимъ, меньшимъ требованіемъ.

Понимаемая въ такомъ смыслѣ, мировая сдѣлка отличается отъ другого юридическаго отношенія, которому также присваивается названіе мировой сдѣлки. Подъ этимъ именемъ понимается соглашеніе, при наличности условленныхъ закономъ условій, между несостоятельнымъ должникомъ и его кредиторами, которое имѣетъ своею цѣлью отсрочку или пропорціональное уменьшеніе требованій (т. XI ч. 2 уст. торг. ст. 542). Эта конкурсная мировая сдѣлка не имѣетъ ни одного признака договорной мировой сдѣлки: 1) она не можетъ быть признана основанною на договорѣ, потому что меньшинство кредиторовъ принуждено подчиниться рѣшенію большинства; 2) нѣтъ здѣсь сомнительности правъ, потому что требованія могутъ быть уже признаны конкурснымъ управленіемъ подлежащими удовлетворенію; 3) наконецъ, отсутствуетъ и взаимность уступокъ, потому что несостоятельный должникъ не дѣлаетъ никакихъ уступокъ, а только пользуется уступками со стороны кредиторовъ.

Форма мировой сдѣлки, все равно, совершается ли она на судѣ или внѣ суда, должна быть письменной (уст. гражд. суд. ст. 1359). Для внѣсудебной мировой сдѣлки законъ предписываетъ, кромѣ письма, еще явку къ засвидѣтельствованію нотаріусу, хотя практика наша старается отнять у этой формальности какое бы то ни было значеніе (кас. рѣш. 1875, № 678). Судебная мировая сдѣлка можетъ найти себѣ достаточное выраженіе и въ судебномъ протоколѣ (уст. гражд. суд. ст. 1359 п. 2).

Дѣйствіе мировой сдѣлки, все равно, судебной или внѣсудебной, заключается въ томъ, что вмѣсто прежнихъ отношеній, существовавшихъ между контрагентами, хотя бы эти отношенія имѣли различныя основанія, устанавливается новое договорное отношеніе. Здѣсь имѣетъ мѣсто новація. Поэтому контрагенты лишаются права требовать и взыскивать другъ съ

друга, въ силу прежде существовавшихъ отношеній, если только въ основѣ мировой сдѣлки не лежитъ заблужденіе или обманъ, влекущіе ея недѣйствительность (уст. гражд. суд. ст. 1366). Такой результатъ мировой сдѣлки основывается на тождествѣ лицъ и объектовъ въ прежнемъ отношеніи, погашенномъ мировою сдѣлкою, и въ новомъ отношеніи, подающемъ поводъ къ возбужденію даннаго иска. Со времени мировой сдѣлки каждая изъ сторонъ имѣетъ право требовать отъ другой только того, къ чему та обязалась въ силу договора. Мировая сдѣлка, заключенная съ однимъ изъ солидарныхъ кредиторовъ или должниковъ, имѣетъ силу относительно всѣхъ.

§ 48.

Страхованіе имущества.

Литература: Степановъ, *Опытъ теоріи страхового договора*, 1875; Брандтъ, *О страховомъ отъ огня договорѣ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1875, №№ 3 и 4); Ноткинъ, *Страхованіе имуществъ по русскому законодательству*, 1888; Идельсонъ, *О страховомъ договорѣ* („Харьк. Учен. Зап.“ 1903).

1. Понятіе о страхованіи. Страхованіе, имѣющее своею цѣлью обезпечить частное хозяйство отъ убытка, который можетъ быть причиненъ ему какимъ-нибудь чрезвычайнымъ событіемъ, юридически достигается двоякимъ путемъ: посредствомъ коммерческаго и взаимнаго страхованія. Подъ коммерческимъ страхованіемъ понимается *договоръ, въ силу котораго одно лицо, за опредѣленную плату, обязывается возмѣстить ущербъ, какой можетъ понести имущество другого лица отъ извѣстной случайности* (т. X ч. 1 ст. 2199). Подъ именемъ взаимнаго страхованія понимается *договоръ, въ силу котораго всѣ контрагенты обязываются возмѣстить ущербъ, какой можетъ понести имущество одного изъ нихъ отъ извѣстной случайности*. Разсмотримъ признаки, свойственные тому и другому виду страхованія имуществъ.

а. Передъ нами прежде всего *договоръ*. Этимъ признакомъ разсматриваемые виды страхованія отличаются: 1) отъ самострахованія, которое имѣетъ экономическое, но не юридическое значеніе, 2) отъ принудительнаго страхованія, основаннаго не на соглашеніи, а на повелѣніи закона. Договоръ страхованія представляется алеаторною сдѣлкою, такъ какъ обя-

занность страховщика или всѣхъ взаимныхъ страхователей уплатить сумму денегъ, равную понесенному ущербу, стоитъ въ зависимости отъ наступленія предусмотрѣннаго событія.

b. Обязанность *возмѣщенія ущерба* переноситъ страхъ за потери въ извѣстномъ хозяйствѣ съ хозяина на другихъ. Страхованіе направлено къ возмѣщенію дѣйствительнаго ущерба, а не къ обезпеченію возможныхъ выгодъ. Гдѣ нѣтъ уменьшенія цѣнности имущества, тамъ нѣтъ мѣста и возмѣщенію (кас. рѣш. 1884, № 114).

c. Дѣйствительный ущербъ можетъ быть причиненъ *имуществу* посредствомъ гибели или поврежденія вещей, принадлежащихъ къ его составу, и вслѣдствіе неосуществленія правъ требованія, входящихъ также въ юридическое понятіе объ имуществѣ. Чаще всего страхованіе направлено къ обезпеченію ущерба, который причиняется уменьшеніемъ цѣнности физическихъ вещей, составляющихъ достояніе частнаго хозяйства, дома, имѣнія, парохода (т. X ч. 1 ст. 2199).

d. Ущербъ долженъ быть произведенъ *извѣстной случайностью*, т.-е. такимъ событіемъ, возможность котораго, хотя и предвидится вообще, но въ каждомъ данномъ случаѣ не можетъ быть предусмотрѣна. Случайныя событія являются или результатомъ разрушительныхъ силъ природы или дѣйствій постороннихъ лицъ, напр., поджогъ. Родъ случайности, угрожающей имуществу, долженъ быть предусмотрѣнъ въ договорѣ. Такими опасными событіями являются пожаръ, наводненіе, градобитіе, кораблекрушеніе, эпизоотія и др.

e. Контрагенты должны имѣть въ виду *будущее событіе*, ожидаемое и угрожающее. Поэтому, если опасность въ моментъ совершенія договора миновала, т.-е. если событіе, въ виду котораго состоялось соглашеніе, уже наступило,—договоръ теряетъ свое основаніе и будетъ недѣйствительнымъ, напр., въ случаѣ прихода застрахованныхъ товара или судна. Точно также и въ обратномъ случаѣ—страховой договоръ будетъ недѣйствителенъ, когда несчастіе уже произошло, напр., пароходъ уже затонулъ (contra кас. рѣш. 1888, № 73).

На этихъ признакахъ оканчивается сходство между коммерческимъ и взаимнымъ страхованіемъ. Существенное различіе между ними заключается въ томъ, что коммерческое страхованіе—договоръ возмездный и предполагаетъ опредѣленное вознагражденіе, называемое страховою премією, тогда какъ взаимное страхованіе чуждо началу возмездности.

II. Заключеніе договора. Коммерческое страхованіе является договоромъ двустороннимъ, въ силу котораго одинъ контрагентъ обязывается заплатить безусловно извѣстную сумму денегъ, какъ премію, а другой контрагентъ обязывается заплатить денежную сумму, равную величинѣ ущерба, если наступитъ извѣстное событіе. Первый контрагентъ называется страхователемъ, а второй—страховщикомъ (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 533 прим.). Страховщикомъ можетъ быть какъ лицо физическое, такъ и юридическое, хотя въ дѣйствительности, въ виду значительнаго капитала, требуемаго страховымъ дѣломъ, обязанность возмѣщенія ущерба принимаютъ на себя только страховыя общества. Страхователемъ можетъ быть лицо, заинтересованное въ сохранности имущества, т.-е. лицо, на имущественныхъ интересахъ котораго могли бы отразиться невыгодно гибель или поврежденіе вещи. Такимъ лицомъ прежде всего является собственникъ, на которомъ всегда лежитъ рискъ всякой опасности (casum sentit dominus). Но, кромѣ собственника, и другія лица могутъ быть заинтересованы въ судьбѣ вещи: залогодержатель, потому что только цѣнностью заложенной вещи обезпечивается его право залога; пользовладѣлецъ, потому что съ гибелью вещи прекращается его право пользованія; наниматель, потому что на немъ лежитъ отвѣтственность передъ собственникомъ за нанятую вещь; пріемщикъ поклажи, потому что онъ отвѣчаетъ за сохранность отданной ему вещи. Послѣдствіемъ совершенія договора страхованія лицомъ, не имѣющимъ имущественнаго интереса въ застрахованной вещи, будетъ недѣйствительность сдѣлки. Въ силу того же требованія заинтересованности въ судьбѣ вещи, недѣйствительно будетъ страхованіе одного и того же имущества въ нѣсколькихъ обществахъ на сумму, превышающую его дѣйствительную цѣнность (двойное страхованіе). Изъ нѣсколькихъ такихъ договоровъ дѣйствительны будутъ первые, насколько страховая сумма не достигаетъ стоимости вещи, (итал. торг. код. § 426, голл. торг. код. § 252). Это единственно логическое рѣшеніе. Но послѣдствія двойного страхованія могутъ быть опредѣлены и иначе. a) Каждое изъ нѣсколькихъ страховыхъ обществъ отвѣчаетъ передъ страхователемъ солидарно, такъ что онъ можетъ обратиться къ любому съ требованіемъ возмѣщенія вреда въ предѣлахъ дѣйствительной цѣнности (герм. законъ 1908, § 59). b) Каждое изъ нѣсколькихъ страховыхъ обществъ отвѣчаетъ передъ страхователемъ пропорціонально,

въ предѣлахъ страховой суммы (исп. гражд. код. § 1795, швейц. законъ 1908, § 71).

Для совершенія договора требуется соглашеніе сторонъ относительно существенныхъ принадлежностей сдѣлки, каковыми являются точныя обозначенія: a) страхуемыхъ вещей, b) событія, грозящаго опасностью, c) срока, до истеченія котораго страховщикъ несетъ на себѣ обязанность возмѣщенія, d) размѣра вознагражденія за страхъ. Два послѣднихъ условія не имѣютъ значенія для взаимнаго страхованія. Размѣръ возмѣщенія можетъ опредѣлиться только, когда случится ожидаемое событіе и причиненъ будетъ ущербъ. Однако, нерѣдко въ договоръ коммерческаго страхованія включается страховая сумма, которая служитъ цѣли опредѣленія величины преміи, выражаемой въ процентахъ, а, кромѣ того, имѣетъ значеніе предѣльной или пропорціональной суммы возмѣщенія. При послѣднемъ значеніи величина суммы возмѣщенія относится къ величинѣ дѣйствительнаго ущерба, какъ условленная сумма относится къ дѣйствительной цѣнности всего застрахованнаго имущества. Что касается формы договора, то законъ нашъ не устанавливаетъ письменной формы, но въ дѣйствительности страховой договоръ всегда выражается на письмѣ. Письменный актъ, въ который облекается договоръ страхованія, называется *полисомъ* (т. XI ч. 2 уст. торг., ст. 538, прим.).

Самый порядокъ заключенія договоровъ коммерческаго страхованія заключается въ слѣдующемъ. Страховщикъ, въ видахъ успѣха своего дѣла, доводитъ самъ до общаго свѣдѣнія объ условіяхъ, на которыхъ онъ готовъ вступить въ договоръ. Страхователи подаютъ письменное объявленіе, выражающее съ ихъ стороны желаніе заключить на этихъ условіяхъ договоръ и содержащее означеніе всѣхъ подробностей относительно страхуемаго имущества. Обыкновенно подобное объявленіе пишется на заготовленныхъ заранѣе бланкахъ, выдаваемыхъ страховщикомъ и содержащихъ рядъ вопросовъ, на которые страхователь долженъ дать отвѣты. Юридическое значеніе этихъ бланковъ состоитъ въ томъ, что страхователь освобождается отъ отвѣтственности за умолчаніе тѣхъ обстоятельствъ, относительно которыхъ не было вопросовъ. Одновременно съ объявленіемъ вносится вознагражденіе, премія, и иные платежи, падающіе на страхователя, пошлины, гербовый сборъ, расходы по пересылкѣ и т. п., въ чемъ ему выдается предварительное свидѣтельство, имѣющее значеніе простой квитанціи, росписки въ

полученіи денегъ. Затѣмъ, по разсмотрѣніи представленнаго агентомъ объявленія, страховое общество выдаетъ полисъ. Изъ разсмотрѣнія описаннаго порядка совершенія страхового договора обнаруживается, что моментомъ его совершенія слѣдовало бы признать выдачу полиса, который представляетъ собою принятіе предложенія, выраженнаго въ поданномъ страхователемъ черезъ страхового агента объявленіи. Слѣдовательно, только съ момента выдачи полиса начинается обязанность страховщика нести на себѣ страхъ за вещь. Но страховыя общества считаютъ начальнымъ моментомъ выдачу квитанціи и тѣмъ лишаютъ всякаго юридическаго значенія выдаваемый ими полисъ.

III. Обязанности страхователя. 1. На страхователѣ лежитъ *забота о сохраненіи* своихъ вещей. Если страхователь является самъ виновникомъ гибели или поврежденія имущества, случайности уже нѣтъ. Грубая неосторожность съ его стороны приравнивается злому умыслу, а потому въ томъ и другомъ случаѣ страховщикъ освобождается отъ своей обязанности. При происшедшемъ несчастіи страхователь обязанъ принять мѣры къ сохраненію погибающей вещи, напр., въ случаѣ пожара немедленно увѣдомить полицію, вынести наиболѣе цѣнныя вещи. Непринятіе такихъ общихъ мѣръ и особенно препятствованіе принятію ихъ со стороны постороннихъ лицъ, напр., запираніе на-глухо дома во время пожара, запрещеніе вывозить на берегъ товары съ погибающаго судна,—даютъ право страховщику уменьшить страховую сумму, если онъ докажетъ, что принятіе такихъ мѣръ предохранило бы страхователя отъ нѣкотораго ущерба.

2. Въ виду риска, который несетъ страховщикъ, на страхователѣ лежитъ обязанность *сообщенія объ измѣненіяхъ* въ составѣ имущества, способныхъ увеличить степень риска. Страховщикъ, не увѣдомленный своевременно о происшедшихъ измѣненіяхъ, напр., о перемѣнѣ квартиры, о переходѣ изъ каменнаго дома въ деревянный, можетъ возвысить премію или вовсе отступить отъ договора, если рискъ переходитъ ту степень, какую принимаетъ на себя вообще страховщикъ, наприм., если хозяинъ отдаетъ флигель подъ заведеніе, въ которомъ приготовляются взрывчатыя вещества.

3. Съ наступленіемъ предусмотрѣннаго несчастнаго событія страхователь долженъ немедленно *увѣдомить о несчастіи* страховщика. Съ этою цѣлью обыкновенно устанавливается въ до-

говорѣ довольно короткій срокъ—нѣсколько дней. Такое увѣдомленіе необходимо для возможности произвести оцѣнку причиненнаго ущерба: чѣмъ далѣе отъ момента несчастія, тѣмъ труднѣе становится опредѣленіе убытковъ.

IV. Обязанности страховщика. На страховщикѣ лежитъ единственная обязанность, составляющая главное содержаніе страхового договора. Эта обязанность состоитъ въ платежѣ суммы, равной цѣнности поврежденнаго имущества. Величина этой суммы, неизвѣстная въ моментъ совершенія договора, опредѣляется впослѣдствіи, въ моментъ происшедшаго несчастія, размѣромъ произведенныхъ этимъ событіемъ убытковъ (кас. рѣш. 1881, № 118). Возмѣщеніе можетъ быть произведено не только деньгами, но и натурою, напр., передачею страхователю такого же количества и того же качества муки, какъ и та, которая потонула на застрахованной баржѣ. Это не будетъ замѣна исполненія, а исполненіе, потому что возмѣщеніе ущерба достигается и этимъ способомъ. Срокъ выдачи страхового вознагражденія обусловливается доставленіемъ со стороны страхователя доказательствъ понесеннаго имъ ущерба.

Если несчастіе наступило вслѣдствіе вины третьяго лица, то страховщикъ, возмѣстивъ страхователю причиненный ему ущербъ, въ правѣ обратиться къ этому лицу съ регрессомъ, съ требованіемъ возвращенія понесенныхъ страховщикомъ убытковъ (герм. законъ 1908, § 67, швейц. законъ 1908, § 72). Обоснованіе права регресса, при молчаніи нашего закона, представляется довольно труднымъ. Страховщикъ не можетъ основывать свой искъ къ виновнику несчастія на томъ, что тотъ причинилъ ему ущербъ, потому что дѣйствіемъ виновника причиненъ непосредственно ущербъ только потерпѣвшему страхователю. Самое твердое основаніе иска можетъ заключаться въ томъ, что страховщикъ, въ силу предшествующаго соглашенія, является преемникомъ правъ страхователя требовать возмѣщенія причиненнаго ему виновникомъ ущерба. При отсутствіи такого соглашенія, нельзя найти основанія для иска страховщика, хотя практика наша и склонна признать за нимъ право на искъ независимо отъ правъ страхователя (кас. рѣш. 1872, № 98). Страхователь же, получивъ возмѣщеніе ущерба, не можетъ уже обращаться къ виновнику съ требованіемъ вознагражденія, потому что убытки его покрыты страховщикомъ. Его требованіе можетъ быть признано основательнымъ лишь тогда и настолько, если имущество его было застраховано не

во всей своей цѣнности. Ничто не мѣшаетъ страхователю, не обращаясь къ страховщику, потребовать возмѣщенія ущерба отъ виновника, и въ такомъ случаѣ страховщикъ освободится отъ своей обязанности.

V. Прекращеніе договора. Прекращается страховой договоръ, кромѣ общихъ причинъ, по слѣдующимъ основаніямъ.

1. Страховой договоръ заключается на опредѣленный срокъ, а потому *истеченіе срока* прекращаетъ обязательственное отношеніе и освобождаетъ страховщика отъ дальнѣйшей отвѣтственности за судьбу вещи. Въ практикѣ, согласно договору, этотъ моментъ опредѣляется не только днемъ, но и часомъ.

2. *Исполненіе договора*, т.-е. возмѣщеніе ущерба, также прекращаетъ обязательственое отношеніе. Такъ какъ отвѣтственность страховщика опредѣлена срокомъ и такъ какъ это обязательство, по существу своему, длящееся, то при частичномъ поврежденіи застрахованнаго имущества, страховщикъ возмѣщеніемъ ущерба не освобождается отъ отвѣтственности за судьбу остального имущества, если оно впослѣдствіи пострадаетъ отъ той же опасности, напр., если застрахованный домъ потерпитъ два или три раза поврежденія отъ огня,—въ предѣлахъ страховой суммы. Конечно, соглашеніе можетъ ограничить отвѣтственность страховщика первымъ несчастіемъ.

3. *Гибель застрахованной вещи* отъ другой опасности, а не отъ предусмотрѣнной договоромъ, прекращаетъ обязательственное отношеніе, напр. застрахованный отъ огня домъ рушится отъ дурной постройки.

§ 49.

Страхованіе лица.

Литература: Осецкій, *Страхованіе лица* („В. Пр.“, 1900, № 2), Шершеневичъ, *Курсъ торговаго права*, т. II, 1908, стр. 429—461.

I. Понятіе о страхованіи лица. Тѣмъ же именемъ страхованія обозначается цѣлая группа сдѣлокъ, не имѣющихъ, по своей юридической природѣ, ничего общаго со страхованіемъ имущества. Первоначальнымъ и типичнымъ въ ряду такихъ договоровъ является такъ называемое а) *страхованіе жизни*, т.-е. договоръ, въ силу котораго одна сторона страхователь, обязывается вносить періодически до своей смерти опредѣленные платежи, а другая сторона, страховщикъ, обязывается уплатить въ этотъ моментъ извѣстному лицу едино-

временную сумму. Разсчеты страхователя заключаются въ томъ, что, отказываясь ежегодно отъ части своихъ доходовъ, онъ обезпечиваетъ матеріальное существованіе своей семьи въ случаѣ смерти ея главы. Конечно, путемъ ежегоднаго откладыванія той же суммы денегъ страхователь могъ бы собрать капиталъ не меньшій, а можетъ быть, даже и большій. Но зато онъ не увѣренъ, что, преждевременная смерть не прервetъ его на этомъ занятіи. Разсчетъ страховщика состоитъ въ надеждѣ, основанной на статистическихъ данныхъ, что страхователь проживетъ настолько долго, чтобы покрыть своими періодическими взносами капитальную сумму.

Страхованіе жизни послужило исходнымъ пунктомъ для образованія еще другихъ видовъ личнаго страхованія. b) *Страхованіе старости*, въ противоположность страхованію жизни, имѣетъ въ виду обезпеченіе собственныхъ интересовъ, а не интересовъ другихъ лицъ. Оно состоитъ въ томъ, что страхователь вноситъ періодически извѣстную сумму денегъ съ тѣмъ, что по достиженіи извѣстнаго возраста онъ получаетъ самъ право на капиталъ или на ренту. Разсчетъ страхователя заключается въ возможности прожить долѣе того времени, на какое хватило бы его сбереженій; тогда какъ разсчетъ страховщика заключается въ надеждѣ, что страхователь не доживетъ до того возраста, который дастъ ему право на капиталъ или доходы. c) *Страхованіе стипендіи* состоитъ въ обезпеченіи необходимыхъ для изученія наукъ матеріальныхъ средствъ, которое достигается взносомъ ежегодныхъ платежей со времени рожденія ребенка. Затрудненіе для родителей, возникающее вслѣдствіе дороговизны обученія, особенно въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, устраняется возможностью пріобрѣтенія матеріальныхъ средствъ за незначительные и малочувствительные ежегодные взносы. Разсчетъ страховщика заключается въ надеждѣ, что ребенокъ не доживетъ до необходимаго возраста. d) *Страхованіе приданаго* заключается въ предоставленіи выходящей замужъ дочери извѣстнаго капитала, который трудно было бы собрать самимъ родителямъ.

Виды страхованія на этихъ формахъ не останавливаются: постоянно создаются новыя—посредствомъ сочетанія прежнихъ или включенія новыхъ элементовъ.

Однако, какъ ни почтенна задача страхованія лица, какъ ни свидѣтельствуетъ она о высокой степени культуры, направленной къ устраненію вліянія случайностей на жизнь человѣче-

скую, но все же, съ юридической точки зрѣнія, эти договоры не могутъ быть подведены подъ понятіе страхованія. Ихъ связь и единство названія обусловливаются случайнымъ сосредоточіемъ тѣхъ и другихъ сдѣлокъ въ рукахъ однихъ и тѣхъ же обществъ; а также тѣмъ общимъ имъ экономическимъ, но не юридическимъ, началомъ, которое заключается въ обезпеченіи матеріальныхъ интересовъ человѣка отъ дѣйствія случайности. Страхованіе лица отличается отъ страхованія имущества весьма существенными, съ юридической точки зрѣнія, признаками. 1) По договору страхованія имущества страхователь пріобрѣтаетъ право на возмѣщеніе понесеннаго ущерба, тогда какъ въ страхованіи лица такого ущерба можетъ и не быть. Если можно еще называть ущербомъ смерть или болѣзнь главы дома, доставляющаго семьѣ всѣ средства существованія, то въ другихъ видахъ личнаго страхованія, напр., приданаго или стипендіи, даже и этихъ признаковъ нѣтъ. Въ страхованіи имущества наличность ущерба обусловливаетъ собою обязанность страховщика, тогда какъ въ страхованіи лица ущербъ и обязанность не находятся въ причинной связи, напр., когда глава семьи не только не обезпечивалъ существованіе семьи, но проигрывалъ и прокучивалъ средства, бывшія въ распоряженіи семьи. 2) Соотвѣтственно тому, въ страхованіи имущества страховая сумма опредѣляется только въ моментъ происшедшаго несчастія. Напротивъ, въ страхованіи лица отсутствіе ущерба дѣлаетъ лишнимъ выжиданіе несчастнаго событія, и страховая сумма опредѣляется въ моментъ заключенія договора. Позднѣйшія измѣненія обстоятельствъ, хотя бы они устраняли всякую мысль о необходимости обезпеченія, напр., въ случаѣ полученія наслѣдства, нисколько не измѣняютъ обязанностей страховщика. 3) Потому страхованіе лица совершается не непремѣнно въ пользу всѣхъ лицъ, существованіе которыхъ съ матеріальной стороны стояло въ зависимости отъ застрахованнаго лица, а въ пользу одного изъ нихъ или въ пользу произвольно избраннаго посторонняго лица, помимо всѣхъ ближе заинтересованныхъ лицъ. 4) Вторичное страхованіе имущества будетъ недѣйствительно, насколько оно превышаетъ цѣнность застрахованной вещи, тогда какъ при личномъ страхованіи нѣтъ никакого юридическаго препятствія къ заключенію послѣдовательнаго ряда страховыхъ договоровъ.

Установленіе юридическаго различія между страхованіемъ имущества и страхованіемъ лица вовсе не направлено на

отрицаніе за вторымъ видомъ страхованія юридической силы. Это договоръ, по своимъ юридическимъ признакамъ отличный отъ договора страхованія имущества, а между тѣмъ единство имени способно вызывать представленіе о близости ихъ юридической природы.

II. Совершеніе договора. Договоръ страхованія лица въ большинствѣ случаевъ, за исключеніемъ страхованія старости, заключается въ пользу третьихъ лицъ. Можетъ ли быть этимъ третьимъ лицомъ вообще каждый или требуется нѣкоторая заинтересованность его въ жизни страхователя, напр., зависимость его матеріальнаго существованія отъ послѣдняго? Дѣйствительно, нѣкоторыя страховыя общества на Западѣ выставляютъ такое требованіе, но оно не вытекаетъ изъ юридическихъ соображеній. Если страхованіе не имѣетъ своею цѣлью возмѣщать ущербъ, то, очевидно, нѣтъ никакого основанія дѣлать различіе между лицами, въ пользу которыхъ предназначается страховая сумма. Это тѣмъ болѣе, что заинтересованность одного лица въ судьбѣ другого трудно поддается опредѣленію: это можетъ быть незаконная дочь страхователя, не желающаго обнаруживать передъ другими такое обстоятельство, или особа, съ которою онъ находился въ близкихъ отношеніяхъ. Согласія третьяго лица при заключеніи договора не требуется, — сила договора отъ этого обстоятельства не зависитъ.

Наше законодательство, не касаясь вовсе договора страхованія лицъ, не устанавливаетъ для него *формы*, а потому словеснаго соглашенія вполнѣ достаточно для его силы. Но въ дѣйствительности договоръ страхованія лица, какъ и имущества, всегда совершается письменно. Предложеніе дѣлаетъ страхователь, подавая объявленіе о своемъ желаніи застраховаться. Принятіе выражается страховщикомъ въ выдачѣ полиса, и съ этого времени договоръ долженъ считаться заключеннымъ. Въ объявленіи должны быть даны отвѣты на всѣ вопросы, имѣющіе существенное значеніе для договора и предлагаемые самимъ страховщикомъ, какъ, напр., относительно возраста, здоровья, занятій, образа жизни. Не довольствуясь личными показаніями, страховыя общества подвергаютъ еще страхователя медицинскому освидѣтельствованію черезъ собственныхъ врачей.

III. Обязанности страхователя. Основная обязанность страхователя заключается въ аккуратномъ взносѣ стра-

ховой преміи, величина которой опредѣляется при совершеніи договора и можетъ быть одинаковой для каждаго періода времени или можетъ постепенно уменьшаться. Упущеніе своевременнаго взноса нерѣдко сопровождается по договору неустойкою. Во всякомъ случаѣ, изъ договора личнаго страхованія вытекаетъ обязанность для страхователя періодически вносить платежи до наступленія извѣстнаго обстоятельства. Поэтому страхователь не въ правѣ произвольно прекратить платежи и вмѣстѣ съ тѣмъ считать свое обязательственное отношеніе прекращеннымъ. Послѣдствіемъ просрочки будетъ обращеніе къ нему требованія со стороны страховщика о платежѣ слѣдующей за истекшій періодъ преміи. Страховщикъ въ правѣ предъявлять такое требованіе ежегодно, при наступленіи и просрочкѣ установленнаго времени. Конечно, стороны могутъ указать въ договорѣ, что прекращеніе взносовъ равносильно отказу отъ договора и обязательно для другой стороны. Но, если это прямо не указано въ договорѣ, то обязательственное отношеніе не прекращается отъ опущенія однимъ изъ контрагентовъ исполненія своей обязанности.

Затѣмъ на обязанности страхователя лежитъ увѣдомленіе страховщика о всякой перемѣнѣ въ образѣ его жизни, способной имѣть вліяніе на продолжительность существованія. Добровольное поступленіе на военную службу, путешествіе въ малоизвѣстныя страны, рѣзкая перемѣна профессіи, поѣздка въ мѣстность, охваченную эпидеміей,—всѣ эти обстоятельства не вліяютъ на отношенія сторонъ только тогда, если они происходятъ съ вѣдома и согласія страховщика. Въ противномъ случаѣ обязанность послѣдняго отпадаетъ, если со страхователемъ случится несчастіе въ новой обстановкѣ, такъ какъ страховщикъ всегда можетъ поставить въ зависимость одно отъ другого и заявить, что смерть произошла отъ обстоятельствъ, увеличившихъ рискъ за предѣлами договора.

IV. Обязанности страховщика. На страховщикѣ лежитъ одна обязанность—съ наступленіемъ срока уплатить страховое вознагражденіе. Этотъ срокъ наступаетъ при страхованіи жизни—съ моментомъ смерти, при страхованіи стипендіи, приданаго,—съ достиженіемъ извѣстнаго возраста или выхода замужъ. Страховщикъ освобождается отъ своей обязанности, если предусмотрѣнный срокъ наступаетъ ранѣе по винѣ страхователя, что̀ имѣетъ мѣсто въ страхованіи жизни. Главный случай такого преждевременнаго наступленія срока представляетъ са-

моубійство, потому что при договорѣ стороны имѣли въ виду обычное теченіе жизни, и если обязательство поставлено въ зависимость отъ случайнаго обстоятельства, то намѣренное созданіе его устраняетъ характеръ случайности. Однако, если самоубійство произведено въ состояніи психической болѣзни, помѣшательства, если, напр., тифозный больной въ припадкѣ горячки выбрасывается изъ окна, то это не устраняетъ обязанности страховщика. Послѣдній освобождается отъ лежащей на немъ обязанности и въ томъ случаѣ, когда смерть наступаетъ преждевременно вслѣдствіе измѣнившихся условій жизни страхователя, которыя наступили безъ его согласія.

V. Права третьяго лица. То лицо, въ пользу котораго заключенъ былъ договоръ личнаго страхованія, пріобрѣтаетъ самостоятельное право съ момента увѣдомленія его и выраженнаго имъ согласія на принятіе. До этого времени контрагенты имѣютъ полную возможность измѣненія условій договора и даже совершеннаго прекращенія, помимо согласія третьяго лица. Изъ содержанія договора обнаруживается, что право на страховое вознагражденіе можетъ быть пріобрѣтено имъ не ранѣе смерти страхователя. Но право это во всякомъ случаѣ возникаетъ первоначально въ его лицѣ, а не производно, не переходитъ отъ страхователя по наслѣдству, такъ какъ самъ страхователь этого права не имѣлъ. Поэтому право на страховое вознагражденіе, если оно принадлежитъ наслѣднику страхователя, не зависитъ отъ принятія наслѣдства. Сынъ можетъ отказаться отъ обремененнаго долгами наслѣдства, и тѣмъ не менѣе не лишится права на страховое вознагражденіе, на которое не можетъ быть обращено взысканіе со стороны кредиторовъ страхователя.

Договоръ личнаго страхованія представляетъ собою дарственную сдѣлку въ отношеніи къ третьему лицу. Отсюда получается тотъ выводъ, что въ случаѣ несостоятельности страхователя, при наличности тѣхъ условій, съ которыми законъ соединяетъ возможность опроверженія дарственныхъ актовъ, конкурсное управленіе можетъ потребовать отъ третьяго лица, получившаго уже страховое вознагражденіе вслѣдствіе смерти несостоятельнаго должника, возвращенія денегъ въ конкурсную массу. Вопросъ состоитъ въ томъ, какую слѣдуетъ признать величину даренія, въ размѣрѣ ли страхового вознагражденія или въ размѣрѣ совокупности внесенныхъ премій? Рѣшеніе должно быть въ пользу второй величины. Дареніе предпола-

гаетъ соотвѣтствіе обогащенія на одной сторонѣ и уменьшенія имущества на другой. Изъ имущества страхователя вышли только преміи, а не вся сумма. Поэтому конкурсное управленіе можетъ вытребовать только сумму, равную совокупности премій, но и то при условіи, что договоръ былъ заключенъ не раньше, какъ за 10 лѣтъ до объявленія несостоятельности. Если договоръ заключенъ былъ ранѣе этого момента, то конкурсное управленіе не имѣетъ права требовать возвращенія, такъ какъ всѣ послѣдующіе платежи были лишь исполненіемъ взятаго на себя обязательства и, если бы не были внесены добровольно, то могли бы быть вынуждены.

§ 50.

Ссуда.

Литература: Змирловъ, *О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ* („Журн. гражд. и угол. пр.“ 1885, № 10); Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. IV, 1904, стр. 359—368.

Ссудою называется *договоръ, въ силу котораго одно лицо уступаетъ безмездно другому временное пользованіе своими вещами* (т. X ч. 1 ст. 2064). a) Содержаніе договора ссуды составляетъ *предоставленіе пользованія* вещью со стороны собственника другому лицу. Слѣдовательно, вещь передается не въ собственность, а только въ держаніе. При этомъ пользованіе ограничивается употребленіемъ самой вещи соотвѣтственно ея назначенію, но не допускаетъ извлеченія изъ нея плодовъ. b) Пользованіе предоставляется не навсегда, а *на извѣстное время*, и если срокъ въ договорѣ не указанъ, то пользованіе должно быть прекращено въ каждую минуту по требованію собственника. c) Изъ понятія о временномъ пользованіи вытекаетъ право собственника *требовать возвращенія* своей вещи въ томъ же видѣ и состояніи, въ какомъ она была предоставлена. d) Признакомъ, характеризующимъ ссуду, является *безвозмездность* договора—пользованіе предоставляется, какъ выражается нашъ законъ, безъ всякаго за употребленіе возмездія. Въ ссуду могутъ быть отдаваемы непотребляемыя и незамѣнимыя вещи, а если и отдаются вещи, по своей природѣ замѣнимыя, то съ присвоеніемъ имъ характера незамѣнимости, напр., одинъ беретъ у другого особые сорта плодовъ, муки для выставки или для представленія ихъ въ видѣ образца своихъ товаровъ. За-

конъ нашъ говоритъ, что предметомъ ссуды могутъ быть всякаго рода движимыя вещи, одушевленныя и неодушевленныя, домашній и рабочій скотъ, орудія, инструменты, платье и т. п. (т. X ч. 1 ст. 2065). Указывая, что предметомъ ссуды могутъ быть вещи только движимыя, законъ отрицаетъ характеръ ссуды за безвозмезднымъ предоставленіемъ пользованія недвижимостью. Между тѣмъ такія отношенія возникаютъ нерѣдко. Одно лицо, уѣзжая за границу, передаетъ другому въ пользованіе до своего возвращенія домъ, квартиру, или, отправляясь лѣтомъ на Кавказъ или въ Крымъ, отдаетъ свою дачу. Такое отношеніе не подойдетъ ни подъ одинъ изъ признанныхъ закономъ договоровъ, тогда какъ оно представляетъ собою не что иное, какъ ссуды. Законодатель совершенно напрасно сузилъ область примѣненія этого договора, исключивъ изъ числа предметовъ ссуду недвижимости. Если предметомъ имущественнаго найма, вполнѣ совпадающаго по своему содержанію со ссудою, могутъ быть какъ движимости, такъ и недвижимости, то непонятно, почему недвижимости не могли бы быть предметомъ ссуды.

По указаннымъ признакамъ ссуда отличается отъ нѣкоторыхъ договоровъ, близко съ ней соприкасающихся. Предоставленіе пользованія составляетъ содержаніе и договора имущественнаго найма. Различіе между ними заключается въ томъ, что ссуда договоръ безвозмездный, а имущественный наемъ предполагаетъ плату (т. X ч. 1 ст. 2064, прим.). Отъ договора поклажи, гдѣ также устанавливается обязанность возвращенія той же самой вещи, ссуда отличается тѣмъ, что принявшему вещь на сохраненіе ни въ какомъ случаѣ не разрѣшается право пользованія, которое составляетъ главное содержаніе договора ссуды. Ссуда въ общежитіи и въ нашемъ законодательствѣ (т. X ч. 1 ст. 2064, прим.) нерѣдко смѣшивается съ договоромъ займа, но съ точки зрѣнія юридической между ними нѣтъ даже близости. По договору займа право собственности на деньги переносится съ кредитора на должника, тогда какъ по договору ссуды право собственности на отданныя въ пользованіе вещи остается за кредиторомъ. Занимать можно только вещи замѣнимыя, тогда какъ отдавать въ ссуду можно только незамѣнимыя вещи. Поэтому ссуда устанавливаетъ обязанность возвращенія той же вещи, а договоръ займа только такой же вещи. Это смѣшеніе ссуды и займа проникло въ наше законодательство изъ французскаго права,

которое ставитъ рядомъ prêt à usage и prêt de consommation. Нашъ законодатель, признавъ, что предметомъ ссуды могутъ быть деньги, сталъ въ противорѣчіе со своимъ же собственнымъ опредѣленіемъ договора ссуды, въ число признаковъ котораго входитъ «пользованіе подъ условіемъ возвращенія той же самой вещи, въ томъ же состояніи, въ какомъ была она дана». Поэтому денежный заемъ, хотя бы безпроцентный, не можетъ быть признанъ ссудою. Но процентныя бумаги могутъ быть отданы въ ссуду, если они даны для извѣстнаго употребленія, напр., для представленія въ залогъ, если онѣ индивидуализированы, т.-е. подъ условіемъ возвращенія тѣхъ же самыхъ билетовъ и безъ вознагражденія въ пользу давшаго ихъ (кас. рѣш. 1872, № 142).

Обязательственное отношеніе въ силу договора ссуды устанавливается не съ момента соглашенія сторонъ, а съ момента передачи вещи. Договоръ ссуды безвозмездный и принудить собственника къ передачѣ вещи въ обѣщанное пользованіе невозможно, но если контрагентъ, въ виду обѣщанія, сдѣлалъ нѣкоторыя приготовленія и отказъ собственника соединенъ съ убытками для него, то онъ можетъ требовать отъ него возмѣщенія ущерба. Такъ какъ законъ не устанавливаетъ для договора ссуды письменной формы, то онъ можетъ быть заключенъ словесно и доказываемъ свидѣтельскими показаніями.

Получившій вещь въ ссуду имѣетъ право пользованія ею для собственной выгоды. Если способъ пользованія ссужаемою вещью не опредѣленъ спеціально въ договорѣ, то во всякомъ случаѣ взявшій вещь въ ссуду долженъ пользоваться ею сообразно ея назначенію такъ, чтобы она могла быть возвращена хозяину въ томъ же состояніи и видѣ, въ какомъ была получена (т. X ч. 1 ст. 2067). Возвращеніе вещи составляетъ основную обязанность въ договорѣ ссуды. Вмѣстѣ съ вещью должны быть возвращены и всѣ приращенія и плоды ея, за время пользованія образовавшіеся. Взявшій вещь въ ссуду долженъ проявить особенное вниманіе къ ней въ виду безвозмезднаго характера пользованія. Всякая порча, произведенная хотя бы самымъ легкимъ невниманіемъ съ его стороны, порождаетъ обязанность возмѣщенія ущерба. Въ случаѣ поврежденія вещей, предоставленныхъ въ ссуду, собственникъ имѣетъ право требовать или: a) возвращенія вещи съ уплатою вознагражденія за уменьшенную цѣнность, или b) уплаты полной цѣны вещи съ оставленіемъ ея въ рукахъ пользователя

(т. X ч. 1 ст. 2068). Только, когда гибель или поврежденіе вещи произошли по чистой случайности, безъ всякой вины со стороны пользователя, послѣдній освобождается отъ отвѣтственности.

§ 51.

Имущественный наемъ.

Литература: Умовъ, *Договоръ найма имуществъ по римскому праву и новѣйшимъ иностраннымъ законодательствамъ*, 1872; Змирловъ, *Договоръ найма имуществъ по нашимъ законамъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1884, № 2); Куницынъ, *О силѣ договора найма имуществъ* („Ж. Мин. Юст.“, 1861, № 9); Шенингъ, *О вліяніи отчужденія имѣнія на силу заключенныхъ по немъ наемныхъ договоровъ и объ условіяхъ обязательности ихъ въ этихъ случаяхъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1891, № 9); Умовъ, *О вліяніи отчужденія нанятаго имущества на существованіе найма* („Юр. Вѣст.“, 1877, №№ 1—8); Шестржецкій, *О вещномъ характерѣ найма недвижимыхъ имуществъ* („Ж. М. Ю.“, 1861, № 6); Цвингманъ, *Объ обязательности для пріобрѣтателя недвижимаго имущества договоровъ найма, заключенныхъ прежнимъ собственникомъ* („Ж. М. Ю.“, 1891, № 8).

I. Понятіе объ имущественномъ наймѣ. Имущественнымъ наймомъ называется *договоръ, въ силу котораго одна сторона за опредѣленное вознагражденіе обязывается предоставить другой временное пользованіе своею вещью.* Предметъ найма, срокъ пользованія и вознагражденіе за него составляютъ, по мнѣнію закона, существенныя принадлежности этого договора (т. X ч. 1 ст. 1691).

Хотя въ общежитіи и законодательствѣ для обозначенія разсматриваемаго договора употребляются различныя выраженія, какъ наемъ, аренда, прокатъ, снятіе, оброчное пользованіе, кортомное содержаніе, но различія эти не имѣютъ юридическаго значенія. Нашему законодательству чуждо различіе между пользованіемъ только вещью (Miethe) и извлеченіемъ изъ нея плодовъ (Pacht), какъ это принято въ германскомъ правѣ, чуждо также различіе между наймомъ домовъ и движимостей (bail à loyer), наймомъ сельскихъ земель (bail à ferme), наймомъ скота (bail à cheptel), какъ это принято во французскомъ правѣ.

a. Содержаніе договора имущественнаго найма состоитъ въ *предоставленіи пользованія* вещью. Пріобрѣтаемое по этому договору право не есть право собственности, а лишь право извлеченія изъ вещи той пользы, которая обнаруживается изъ ея экономическаго назначенія. Содержаніемъ своего обязатель-

ства договоръ имущественнаго найма близко соприкасается съ ссудою, отличаясь отъ нея возмездностью. Приближаясь съ экономической стороны къ договору купли-продажи, какъ обмѣнъ цѣнностей, имущественный наемъ существенно отличается отъ него съ юридической точки зрѣнія тѣмъ, что не соединяется съ переходомъ права собственности.

b. Предоставляется пользованіе только *временное*. Указаніе срока въ договорѣ необходимо, потому что упущеніе его будетъ истолковано, согласно временному характеру пользованія, не въ смыслѣ вѣчности его, а въ смыслѣ возможности прекращенія его во всякое время. Своею срочностью имущественный наемъ отличается отъ наслѣдственнаго пользованія, хотя различіе между ними, еще болѣе существенное, заключается въ томъ, что одно отношеніе абсолютное, а другое—относительное.

c. Отдавать въ наемъ можно только *вещи* физическія, какъ движимыя, такъ и недвижимыя, какъ одушевленныя, такъ и неодушевленныя, животныхъ, у древнихъ—рабовъ. Впрочемъ, нашъ законъ, по исключенію, называетъ наймомъ и предоставленіе права рыбной ловли, и права сборовъ съ городскихъ вѣсовъ (т. X ч. 1 ст. 1710, изд. 1900 г. прим.), хотя въ дѣйствительности здѣсь нѣтъ найма. Не всякая вещь можетъ быть отдана въ наемъ, потому что не всякая допускаетъ пользованіе безъ поврежденія ея существа. Вещи потребляемыя неспособны составить содержаніе имущественнаго найма, потому что пользованіе ими соединено съ уничтоженіемъ ихъ цѣльности, напр., съѣстные припасы можно занять, но не нанять. Вещи замѣнимыя также непригодны для найма, потому что, передавая ихъ другому, отдающій ожидаетъ получить не тѣ же вещи, а только подобныя, а слѣдовательно передача замѣнимыхъ вещей соединена съ перенесеніемъ права собственности, что́ противорѣчитъ сущности договора найма, напр., нельзя говорить о наймѣ денегъ. Такъ какъ имущественный наемъ имѣетъ своимъ содержаніемъ предоставленіе другому пользованія, то онъ предполагаетъ право пользованія въ лицѣ отдающаго въ наемъ, слѣдовательно этотъ договоръ можетъ быть заключенъ собственникомъ и пользовладѣльцемъ.

d. Признакомъ, характеризующимъ имущественный наемъ, является *вознагражденіе* за предоставленное пользованіе. Этотъ признакъ настолько существенъ, что отсутствіе его, по взгляду закона, превращаетъ предполагаемый договоръ имущественнаго найма въ ссуду (т. X ч. 1 ст. 2064, прим.). Вознагражденіе

чаще всего выражается въ формѣ денегъ, но это не составляетъ необходимости. Плата можетъ быть опредѣлена извѣстною частью произведеній, собранныхъ съ нанятой земли. Такое явленіе замѣчается въ Россіи при наймѣ земель изъполу: крестьянинъ, нанимая извѣстное число десятинъ, обязывается отдать землевладѣльцу половину или иную часть собранныхъ сноповъ. Даже болѣе—вознагражденіе можетъ быть выражено въ извѣстныхъ личныхъ услугахъ, напр., крестьяне за наемъ нѣсколькихъ десятинъ обязываются собрать хлѣбъ съ прочихъ десятинъ или скосить луга. Особую форму вознагражденія составляетъ извѣстный нашему законодательству «наемъ изъ выстройки». Наниматель, за пользованіе въ теченіе извѣстнаго числа лѣтъ отданною ему въ наемъ землею, обязывается, по окончаніи срока найма, оставить всѣ возведенныя имъ постройки, дачи, мельницу, ригу, въ пользу собственника (т. X ч. 1 ст. 1697), при чемъ право собственности на выстроенное зданіе принадлежитъ собственнику земли не со времени только окончанія найма, а со времени возведенія зданія, которое въ продолженіе договорнаго отношенія находится лишь въ пользованіи нанимателя (кас. рѣш. 1904, № 54).

II. Совершеніе договора. Въ договорѣ имущественнаго найма, называемаго также арендою, когда наемъ касается земли,—контрагентами являются: a) хозяинъ, т.-е. лицо, отдающее въ наемъ, и b) наниматель или арендаторъ, т.-е. лицо, пріобрѣтающее право пользованія по договору. Изъ вещей, которыя по своей природѣ могли бы быть отданы въ наемъ, нѣкоторыя исключаются силою законодательнаго постановленія. Такъ внутреннія монастырскія и церковныя зданія не могутъ быть отдаваемы въ наемъ подъ торговыя и трактирныя заведенія (т. X ч. 1 ст. 1711). Опредѣленіе *срока* найма предоставляется соглашенію сторонъ, но относительно недвижимости онъ до послѣдняго времени не могъ превышать, по общему правилу, 12 лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 1692). Устанавливая предѣльный срокъ найма, законодатель имѣлъ въ виду предупредить обезцѣненіе имѣній вслѣдствіе долгосрочныхъ арендъ. Можетъ быть, 12-лѣтній срокъ, особенно въ области сельскаго хозяйства, былъ слишкомъ краткимъ, но нельзя признать правильной практику Сената, который допускалъ арендные договоры, дававшіе арендатору право, по истеченіи 12 лѣтъ, возобновлять своею волею силу договора еще на 12 лѣтъ (кас. рѣш. 1884, № 2, 1905, № 9). По закону 15 марта 1911 года недвижимости могутъ

быть отдаваемы въ наемъ и содержаніе на срокъ не свыше 36 лѣтъ. Договоры, заключенные на болѣе продолжительный срокъ, признаются обязательными лишь въ теченіе 36 лѣтъ, считая съ начала найма. Слѣдуетъ полагать, что Сенатъ не станетъ болѣе поддерживать свой взглядъ на допустимость оговорки о продленіи контракта.

Изъ общаго 36-лѣтняго срока законодательство наше допускаетъ множество исключеній, имѣющихъ часто совершенно случайный характеръ. Новый законъ сохраняетъ въ силѣ постановленія дѣйствующихъ законовъ, которыми устанавливаются предѣльные сроки найма или содержанія недвижимости менѣе 12 или болѣе 36 лѣтъ. Сроки, менѣе 12 лѣтъ, слѣдующіе: a) въ западныхъ губерніяхъ церковные участки православныхъ приходовъ, пахатные и сѣнокосные, дозволяется отдавать въ аренду срокомъ не болѣе одного года (т. IX ст. 453, прил., ст. 29, п. 1); b) запасныя маіоратныя земли могутъ быть отдаваемы въ аренду срокомъ не болѣе 6 лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 504). Болѣе продолжительные сроки, чѣмъ 36 лѣтъ, слѣдующіе: a) въ предѣлахъ Ялтинскаго уѣзда (Таврической губерніи) разрѣшается отдавать въ наемъ частныя земли на сроки до 90 лѣтъ (т. X. ч. 1 ст. 1693); b) казенныя земли подъ разныя хозяйственыя заведенія могутъ быть сданы въ аренду срокомъ отъ 24—99 лѣтъ (т. XII ч. 2, уст. сельск. хоз., ст. 28, прил. ст. 2); c) по закону 23 мая 1896 г., казенныя земли могутъ быть сдаваемы частнымъ лицамъ на 99 лѣтъ подъ устройство дачъ; d) договоры объ арендованіи земель подъ устройство подъѣздныхъ путей могутъ быть заключаемы на сроки до 60 лѣтъ (т. XII ч. 1, по прод. 1893, ст. 2). Бывшіе удлиненные сроки для устройства дачъ въ окрестностяхъ столицъ и для постройки фабрикъ и заводовъ, теперь, съ новымъ закономъ, отпадаютъ.

Форма договора имущественнаго найма различается, смотря по нанимаемымъ вещамъ. 1) Наемъ движимыхъ вещей совершается, по общему правилу, словесно (т. X ч. 1 ст. 1700). Въ видѣ исключенія, требуется письменная форма для найма рѣчныхъ и морскихъ судовъ. 2) Наемъ недвижимостей, по общему правилу, совершается письменно (т. X ч. 1 ст. 1700). Въ видѣ исключенія, допускается словесная форма для найма городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городѣ (т. X ч. 1 ст. 1702), но наемъ загородной дачи для лѣтняго пребыванія требуетъ письменной формы (кас. рѣш. 1872, № 550). Изъ этого пра-

вила въ свою очередь исключеніе по закону 15 марта 1911 г.: договоры о наймѣ городскихъ строеній и земельныхъ участковъ въ городскихъ поселеніяхъ должны быть совершаемы на письмѣ, если они заключаются на сроки отъ 3 до 12 лѣтъ на сумму свыше 300 рублей, а на сроки свыше 12 лѣтъ на всякую сумму. Въ нашей практикѣ возникаютъ иногда сомнѣнія по вопросу, какого рода вещи, движимыя или недвижимыя, являются предметомъ договора. Одинъ изъ весьма частыхъ договоровъ—это аренда фруктоваго сада, такъ называемое снятіе сада. По мнѣнію нашей практики, если договоромъ предоставлено не арендное пользованіе садомъ съ землею, а только снятіе фруктовъ въ саду, то такой договоръ не можетъ быть признанъ относящимся къ недвижимости (кас. рѣш. 1870, № 588). Существуетъ еще особая форма аренды въ сельскомъ быту. На наемъ крестьянами земель у помѣщиковъ (?), между собою и у постороннихъ лицъ, на сроки не свыше 3 лѣтъ, на всякую сумму, а на большіе сроки, именно отъ 3 до 12 л., на сумму не свыше 300 рублей (количество ежегодной платы—кас. рѣш. 1882, № 64), могутъ быть заключаемы словесные договоры, со внесеніемъ ихъ, по желанію договаривающихся сторонъ, въ книгу сдѣлокъ и договоровъ при волостномъ правленіи (т. X. ч. 1 ст. 1700). Договоръ найма недвижимости, если онъ будетъ заключенъ съ полученіемъ, или назначеніемъ къ полученію арендныхъ денегъ впередъ болѣе чѣмъ за годъ, долженъ быть свидѣтельствуемъ въ тѣхъ установленіяхъ, которымъ поручено совершеніе крѣпостныхъ актовъ, съ тѣмъ, чтобы на арендованное имѣніе было наложено запрещеніе, по количеству взятой впередъ суммы, а при несоблюденіи этой формальности договоръ найма признается со стороны закона недѣйствительнымъ (т. X ч. 1 ст. 1703).

III. Обязанности хозяина. Договоръ имущественнаго найма—одинъ изъ наиболѣе важныхъ въ бытовомъ отношеніи. Онъ подлежитъ всевозможнымъ видоизмѣненіямъ, смотря по условіямъ и заведенному порядку, дѣйствующему въ данной мѣстности. Однако, среди этихъ разнообразныхъ чертъ могутъ быть замѣчены нѣкоторыя основныя.

1. На хозяинѣ лежитъ прежде всего обязанность *предоставленія нанятой вещи*. Онъ обязанъ сдать ее нанимателю въ томъ видѣ, какъ это было условлено, а за отсутствіемъ особаго соглашенія,—какъ это вытекаетъ изъ цѣли найма. Такъ, напр., если нанята верховая лошадь, то нанимателю не можетъ быть

предложена простая выѣздная лошадь; нанявшему квартиру для жилья не можетъ быть предоставлена лавка. Вещь должна быть вообще пригодна и приспособлена къ пользованію, квартира должна соотвѣтствовать обычнымъ требованіямъ, должна быть не слишкомъ холодна и сыра, снабжена всѣми необходимыми приспособленіями. При наймѣ земли хозяинъ обязанъ передать арендатору и всѣ сельскохозяйственныя строенія, насколько они необходимы для эксплоатаціи имѣнія. Отсутствіе тѣхъ или другихъ существенныхъ условій въ нанимаемой вещи, дѣлая недостижимою цѣль договора, даетъ право нанимателю отказаться отъ принятія предлагаемой ему вещи и отступиться отъ договора (кас. рѣш. 1895, № 14).

Возможенъ случай, когда хозяинъ, вопреки договору, откажется предоставить нанятую вещь. Каковы въ этомъ случаѣ права нанимателя? Имущественный наемъ является обязательственнымъ отношеніемъ, а изъ свойства обязательственнаго отношенія обнаруживается, что принудить хозяина къ выполненію его обязанности нельзя, а можно только искать съ него возмѣщеніе ущерба, причиненнаго отступленіемъ отъ договора, что́ и можетъ служить до извѣстной степени косвеннымъ средствомъ, побуждающимъ хозяина къ соблюденію договора. Наша практика смотритъ иначе на этотъ вопросъ. «Въ случаѣ непередачи нанимателю собственникомъ отданной въ наемъ вещи, наниматель можетъ осуществить свое право по договору посредствомъ суда, такъ какъ предметомъ договора представляется не какое-либо дѣйствіе, которое можетъ быть передано только извѣстнымъ лицомъ, а имѣніе, которое можетъ быть передано въ пользованіе нанимателя и безъ содѣйствія собственника» (кас. рѣш. 1880, № 118). Однако, ошибочно утвержденіе, будто здѣсь дѣло идетъ не о дѣйствіи, а только о вещи, потому что предметомъ обязательства является всегда дѣйствіе, потому что передача всегда признавалась за дѣйствіе. Притомъ передачею нанятой вещи еще не исчерпываются тѣ дѣйствія, къ которымъ обязался собственникъ вещи въ силу договора найма. Неправильность взгляда практики обнаружится тотчасъ, какъ только отношеніе по найму нѣсколько усложнится. Та же практика признаетъ, что въ случаѣ продажи нанятой вещи другому лицу, наниматель не можетъ требовать судомъ выдачи (кас. рѣш. 1879, № 129), хотя отношеніе по существу нисколько не измѣнилось отъ перемѣны собственника. Когда одна и та же вещь отдана въ наемъ разнымъ лицамъ, то возникшее столкновеніе не раз-

рѣшается правомъ каждаго нанимателя вытребовать вещь. Та же практика признала, что первенство договора не имѣетъ здѣсь значенія и наниматель, вступившій въ овладаніе вещью, не можетъ быть вытѣсненъ другимъ (кас. рѣш. 1880, № 118).

2. Хозяинъ обязанъ *поддерживать вещь въ надлежащемъ состояніи*, т.-е. соотвѣтственно первоначальной цѣли. Онъ долженъ исправлять всѣ существенныя поврежденія, происшедшія не по винѣ нанимателя, напр., когда градъ выбиваетъ окна, или печь становится негодной для топки. Даже, если вредъ причиненъ постороннимъ лицомъ, то онъ падаетъ на хозяина, такъ какъ тяжесть убытка всегда ложится на собственника. Поправки, крайне необходимыя, могутъ быть сдѣланы самимъ нанимателемъ въ счетъ платы.

IV. Обязанности нанимателя. 1. Пользованіе нанятою вещью со стороны нанимателя должно быть *сообразно экономическому назначенію вещи*. Если, напр., нанимается земля для сельскаго хозяйства, для посѣва и жатвы, то арендаторъ не въ правѣ заниматься добываніемъ минераловъ и построить заводъ. Если нанято помѣщеніе для квартиры, то наниматель не можетъ устраивать въ немъ аптеку или фруктовый погребъ; если нанята выѣздная лошадь, то наниматель не въ правѣ обращать ее на сельскія работы. Уклоненіе при пользованіи отъ назначенія вещи, соединенное съ порчею вещи, обязываетъ нанимателя къ возмѣщенію ущерба.

2. Пользуясь вещью, сообразно условію и назначенію вещи, наниматель обязанъ *предупреждать поврежденія*, возможныя при неосторожномъ обращеніи съ вещью. Онъ долженъ имѣть въ виду необходимость, по окончаніи срока договора, возвратить вещь въ томъ же состояніи, въ какомъ она была принята. Правда, законъ нашъ склоненъ относить отвѣтственность нанимателя за ущербъ, за порчу и за самую гибель предмета найма къ случайнымъ принадлежностямъ сдѣлки (т. X ч. 1 ст. 1691), обязанность хранить вещь отъ пожара готовъ поставить въ зависимость отъ особаго соглашенія (т. X ч. 1 ст. 1707), но Сенатъ совершенно правильно призналъ, что такая отвѣтственность нанимателя должна быть, по существу договора найма, подразумѣваема и тамъ, гдѣ она положительно не выговорена (кас. рѣш. 1903, № 12). Арендованная для цѣлей сельскаго хозяйства земля должна быть своевременно удобряема, чтобы не истощались ея производительныя силы; нанятая квартира должна быть надлежаще отапливаема, чтобы не завелась въ ней

сырость. Поврежденіе, причиненное не естественными силами и не случайными обстоятельствами, а дѣйствіемъ самого нанимателя, должно быть исправлено на его счетъ. Если движимая вещь, взятая въ наемъ, будетъ испорчена, то она отдается нанимателю, а онъ обязанъ заплатить хозяину цѣну той вещи (т. X ч. 1 ст. 1708).

3. Такъ какъ имущественный наемъ представляетъ собою договоръ возмездный, то на нанимателѣ лежитъ обязанность *вознагражденія*, въ видѣ наемной, прокатной или арендной платы. Платежи эти, по условію, могутъ быть вносимы впередъ или по окончаніи пользованія или, чаще всего, періодически, въ теченіе всего пользованія. При упущеніи въ договорѣ высоты вознагражденія, она опредѣляется мѣстнымъ заведеннымъ порядкомъ. Разъ установленный размѣръ платы не можетъ быть ни повышенъ, ни пониженъ въ теченіе всего договорнаго срока, по крайней мѣрѣ, наше законодательство не даетъ права на пониженіе арендной платы вслѣдствіе неурожая, какъ это принято во Франціи (франц. гражд. код. §§ 1769 и 1770), Швейцаріи (швейц. обяз. законъ § 287). Напротивъ, у насъ законъ рѣшительно постановляетъ, что наниматель не можетъ отказаться отъ платежа договорной цѣны до истеченія опредѣленнаго условіемъ срока (т. X ч. 1 ст. 1705). Въ случаѣ невозможности пользованія вещью по причинѣ случайной или по винѣ хозяина, наниматель освобождается отъ обязанности платить далѣе того времени, до котораго возможно было пользованіе, напр., въ случаѣ экспропріаціи или пожара дома. Просрочка со стороны нанимателя не даетъ права хозяину требовать платежа законной неустойки.

V. Перенаемъ. Съ бытовой точки зрѣнія договоръ имущественнаго найма носитъ личный характеръ: если для нанимателя главный интересъ сосредоточивается на удобствѣ помѣщенія, на качествахъ арендуемаго имѣнія, то для хозяина личность нанимателя играетъ не послѣднюю роль. Предоставляя свою вещь извѣстному лицу, хозяинъ имѣлъ въ виду добросовѣстность нанимателя, его умѣніе обращаться съ нанятою вещью. Поэтому онъ не можетъ быть принужденъ терпѣть, чтобы на мѣсто его контрагента стало другое лицо, другими словами, арендаторъ не можетъ передавать во всей цѣлости свое право по имущественному найму. Если же при совершеніи договора или впослѣдствіи хозяинъ даетъ свое согласіе на уступку нанимателемъ своего права, тогда прежній наниматель

выбываетъ изъ отношенія и уступаетъ свое мѣсто новому, на котораго и падаетъ вся отвѣтственность. Хозяинъ только отъ него можетъ требовать вознагражденія и возмѣщенія ущерба, хотя бы вредъ былъ причиненъ вещи при первомъ нанимателѣ. Если же хозяинъ своего согласія на замѣну не давалъ, то самовольная передача правъ по найму (перенаемъ) не имѣетъ для него значенія и отвѣтственнымъ лицомъ передъ нимъ продолжаетъ быть прежній наниматель.

VI. Поднаемъ. Если наниматель не можетъ самовольно передавать своего права, то, можетъ быть, за нимъ слѣдуетъ признать возможность осуществить свое право посредствомъ предоставленія другимъ пользованія нанятою вещью за извѣстное вознагражденіе? Вопросъ идетъ о допустимости сублокаціи, которая могла бы быть переведена на русскій языкъ словомъ поднаемъ. Извѣстное лицо арендуетъ большое количество земли, цѣлое имѣніе, и потомъ раздаетъ крестьянамъ въ обработку, на основаніи договора найма, по нѣсколько десятинъ; извѣстное лицо нанимаетъ квартиру и потомъ отдаетъ жильцамъ по комнатѣ, — въ этихъ случаяхъ основное отношеніе по найму осложняется дополнительными отношеніями по найму, активный субъектъ по главному договору становится пассивнымъ по дополнительнымъ. Слѣдуетъ полагать, что поднаемъ, составляя форму осуществленія права пользованія, долженъ быть допущенъ, если только при совершеніи договора хозяинъ прямо не устранилъ его возможности. Допущенное въ договорѣ право перенайма, какъ болѣе обширное право, предполагаетъ возможность поднайма. Едва ли противъ допустимости поднайма можно возражать съ той стороны, что хозяинъ становится такимъ путемъ лицомъ къ лицу съ совершенно непредвидѣнными контрагентами, потому что въ силу такого поднайма, контрагентомъ хозяина остается прежній наниматель, который одинъ несетъ на себѣ отвѣтственность. Хозяинъ не имѣетъ никакого отношенія къ постояльцамъ его постояльца, къ арендаторамъ его арендатора. Они не могутъ требовать отъ него какихъ-либо поправокъ или приспособленій или вообще ссылаться на главный договоръ. Онъ же, въ свою очередь, не въ правѣ требовать отъ нихъ платы, хотя бы его контрагентъ и обнаружилъ неаккуратность. Возмѣщенія же причиненныхъ ими убытковъ онъ можетъ требовать или отъ своего нанимателя, на основаніи договора, или же отъ виновника ущерба, на основаніи правонарушенія.

VII. Прекращеніе договора найма. Помимо взаимнаго соглашенія, способнаго прекратить вообще всякій договоръ, имущественный наемъ прекращается по слѣдующимъ причинамъ.

1. Наиболѣе частымъ случаемъ прекращенія имущественнаго найма является *истеченіе срока* договора. Послѣ этого момента контрагенты могутъ безмолвно возобновить дѣйствіе договора, т.-е. продолжать наемныя отношенія на прежнихъ условіяхъ, но такой договоръ уже будетъ безсрочнымъ и можетъ быть прекращенъ каждою стороною во всякое время. По истеченіи срока найма наниматель обязанъ немедленно возвратить предметъ пользованія, очистить квартиру, иначе оставленіе за собою пользованія будетъ принято за продолженіе отношенія, а слѣдовательно и обязываетъ къ дальнѣйшимъ платежамъ. Сенатъ призналъ, что невыѣздъ нанимателя изъ квартиры вслѣдствіе постигшей его болѣзни, къ условленному договоромъ сроку, освобождаетъ нанимателя отъ всякихъ, превышающихъ плату за квартиру, денежныхъ взысканій въ видѣ неустойки (кас. рѣш. 1900, № 62). Никакія обстоятельства, препятствующія дальнѣйшему пользованію, не могутъ, по мнѣнію Сената, прекратить договоръ имущественнаго найма и освободить нанимателя отъ платежей, если эти обстоятельства кроются не въ предметѣ найма, а въ личныхъ условіяхъ нанимателя. Съ этой точки зрѣнія Сенатъ призналъ, что переводъ по службѣ изъ одного мѣста въ другое не освобождаетъ чиновника отъ обязанности внести всю наемную плату до условленнаго срока (кас. рѣш. 1894, № 99). Развивая эту мысль дальше, Сенатъ поддерживаетъ силу договора до срока даже тогда, когда служебный переводъ совершается не по просьбѣ служащаго, а безъ его воли распоряженіемъ начальства, даже подъ угрозою наказанія за уклоненіе, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи состоящихъ на службѣ въ арміи и флотѣ, и даже въ военное время (кас. рѣш. 1907, № 76). Этотъ взглядъ Сената не можетъ быть признанъ правильнымъ. Когда состоящій на службѣ перемѣщается по ходатайству,—договоръ долженъ остаться въ силѣ. Но когда перемѣщеніе его происходитъ по усмотрѣнію начальства, — служащаго нельзя считать связаннымъ по договору, исполнить котораго онъ не въ состояніи, не подвергаясь «тяжкой отвѣтственности». Нельзя требовать отъ контрагентовъ геройства ради сохраненія договора. Передъ Сенатомъ всталъ вскорѣ новый вопросъ: освобождается ли наниматель помѣще-

нія въ домѣ, очистившій послѣднее до истеченія срока найма, вслѣдствіе происходившихъ вокругъ дома народныхъ безпорядковъ (погрома), при коихъ, однако, самая недвижимость поврежденій не испытала, отъ взысканія наемной платы за недожитое время? Оставаясь послѣдовательнымъ, Сенатъ долженъ былъ бы дать на этотъ вопросъ отрицательный отвѣтъ. Но, смутившись, очевидно, передъ выводами, къ которымъ влекло его избранное имъ направленіе, Сенатъ, послѣ довольно сомнительныхъ разсужденій, призналъ, что при данныхъ обстоятельствахъ договоръ долженъ потерять силу и до истеченія срока (кас. рѣш. 1910, № 29).

2. Такъ какъ наемъ предполагаетъ опредѣленную вещь, то *гибель вещи* влечетъ за собою прекращеніе отношенія. Договоръ имущественнаго найма прекращается, все равно, по какой бы причинѣ ни погибла вещь: случайно или по винѣ одного изъ контрагентовъ, съ тою только разницею, что вина нанимателя обязываетъ его къ возмѣщенію причиненнаго ущерба. Такое же значеніе имѣетъ и существенное поврежденіе вещи, дѣлающее ее неспособною служить той цѣли, въ виду которой заключенъ былъ договоръ. Но частичное поврежденіе, не имѣющее такого существеннаго значенія, не прекращаетъ договора, а создаетъ обязанность для хозяина исправить вещь.

3. Основаніемъ для прекращенія имущественнаго найма служитъ *неисполнительность одной стороны*. Такъ, напр., если наниматель не вноситъ періодическихъ платежей, хозяинъ имѣетъ право требовать расторженія договора. Если хозяинъ отказывается поддерживать нанятую вещь въ томъ состояніи, въ какомъ она находилась при совершеніи договора, то наниматель, въ виду невозможности осуществленія интереса, можетъ требовать освобожденія его отъ лежащихъ на немъ обязанностей. Обобщая случаи возможнаго прекращенія аренды вслѣдствіе неисполнительности, Сенатъ выставляетъ въ видѣ общаго начала,— «когда неисполненіемъ договора поражается самая сущность онаго» (кас. рѣш. 1899, № 78). Если наниматель произвольно и безъ достаточныхъ основаній оставляетъ нанятую вещь, то онъ все же продолжаетъ быть связаннымъ договоромъ и обязывается внести всѣ платежи, слѣдуемые до истеченія условленнаго срока (т. X ч. 1 ст. 1705).

4. Однимъ изъ наиболѣе важныхъ въ бытовомъ отношеніи и въ то же время спорныхъ вопросовъ является тотъ, какое значеніе имѣетъ для силы договора имущественнаго найма *отчу-*

жденіе нанятой вещи. Можетъ ли новый пріобрѣтатель не признавать договоровъ, заключенныхъ прежнимъ собственникомъ, и настаивать на выселеніи нанимателей, или же эти договоры продолжаютъ быть обязательными для него, какъ преемника, до истеченія условленнаго срока?

Для рѣшенія этого вопроса съ теоретической точки зрѣнія слѣдуетъ имѣть въ виду: a) что имущественный наемъ есть обязательственное отношеніе, основанное на договорѣ, b) что нанимателю принадлежитъ не вещное право, которое бы слѣдовало всюду за вещью, а право требованія на извѣстное дѣйствіе, въ данномъ случаѣ—на предоставленіе пользованія вещью и на поддержаніе ея въ надлежащемъ состояніи, c) что относительное право нанимателя становится лицомъ къ лицу съ вещнымъ правомъ новаго собственника, d) что послѣдній не принималъ участія въ заключеніи договора имущественнаго найма, а потому и не можетъ быть обязаннымъ къ какому-либо дѣйствію. Принимая въ соображеніе всѣ эти обстоятельства, а также, что изъ общихъ началъ обязательственнаго права нашимъ законодательствомъ не сдѣлано исключеній для имущественнаго найма, необходимо признать, что договоръ имущественнаго найма прекращается съ отчужденіемъ вещи, такъ какъ онъ не можетъ быть обязательнымъ для неучаствовавшаго въ немъ пріобрѣтателя.

Однако, жизнь противится этому логическому заключенію, опасаясь за интересы арендаторовъ и квартирантовъ, которые, при такомъ послѣдовательномъ проведеніи юридическихъ началъ, могутъ быть во всякое время лишены крова и насиженнаго гнѣзда, земли, обработанной тщательнымъ трудомъ. Конечно, если нанимателю причиняется матеріальный ущербъ, за нимъ сохраняется во всякомъ случаѣ право требовать возмѣщенія убытковъ. Но съ договоромъ найма соединяются и не имущественные интересы, которые не могутъ быть ограждены гражданскимъ правомъ, такъ какъ не подлежатъ оцѣнкѣ. Таковъ интересъ нанимателя, которому среди зимы предлагаютъ оставить квартиру и искать себѣ новую. Наниматель, понятно, могъ бы оградить свой интересъ косвенно установленіемъ значительной неустойки, которая бы удерживала собственника отъ нарушенія договора и отъ несвоевременнаго отчужденія нанятой вещи. На случай упущенія договорной неустойки, законодатель могъ бы взять на себя задачу установить законную неустойку, въ формѣ опредѣленнаго процента съ общей суммы

вознагражденія за наемъ. Это облегчило бы необыкновенную трудность доказыванія размѣра убытка, причиняемаго неожиданнымъ прекращеніемъ договора, и останавливало бы произволъ хозяина.

Борьба между юридическою логикою и интересами арендаторовъ отражается на всѣхъ почти законодательствахъ, которыя обыкновенно останавливаются въ затрудненіи передъ этимъ вопросомъ. Нѣкоторыя законодательства рѣшительно становятся на сторону арендаторовъ и признаютъ безусловную обязательность арендныхъ договоровъ для новаго пріобрѣтателя вещи, напр. французское право (фр. гр. код. § 1743); не столь рѣшительно высказывается итальянскій кодексъ (§§ 1597 и 1599). Испанскій же кодексъ 1888 года, вообще вѣрный началамъ французскаго права, въ этомъ вопросѣ становится на противоположную точку зрѣнія и постановляетъ, что покупщикъ арендованнаго имѣнія въ правѣ признавать аренду прекращенною въ моментъ совершенія купли-продажи, если противоположное не установлено въ сдѣлкѣ (§ 1571). Такое же колебаніе, какое замѣчается въ романскихъ законодательствахъ, обнаруживали и германскія законодательства, издавна раздѣлявшіяся на двѣ группы, изъ которыхъ одна признавала положеніе Kauf bricht Miethe, а другая придерживалась положенія Kauf bricht nicht Miethe. Такъ, въ Пруссіи законъ 5 мая 1872 г. призналъ силу арендныхъ договоровъ при переходѣ арендованной вещи къ новому пріобрѣтателю, напротивъ, австрійское уложеніе (§§ 1095 и 1120) оставляетъ неприкосновенными арендные договоры только подъ условіемъ отмѣтки въ ипотечныхъ книгахъ. Общегерманское уложеніе, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, разрѣшило этотъ вопросъ въ пользу интересовъ нанимателя (§ 571). Новѣйшее швейцарское право разрѣшило тотъ же вопросъ противъ арендаторовъ, признавъ обязательность арендnаго договора для пріобрѣтателя нанятой вещи только тогда, когда онъ изъявилъ на то свое согласіе при куплѣ продажѣ (швейц. обяз. законъ, § 259).

Наше законодательство не разрѣшаетъ настоящаго вопроса, хотя и не даетъ основанія признавать за правомъ нанимателя вещнаго характера, пріобрѣтеніе котораго соединяется лишь съ соблюденіемъ крѣпостной формы. Правда, законъ говоритъ, что хозяинъ не въ правѣ отказать нанимателю до наступленія срока найма, хотя бы кто предлагалъ большую цѣну (т. X ч. 1 ст. 1705). Но эта статья должна быть понимаема въ томъ

только смыслѣ, что договоръ имущественнаго найма не можетъ быть прекращенъ одностороннею волею хозяина безъ возмѣщенія ущерба, и притомъ не въ правѣ отказывать хозяинъ, т.-е. контрагентъ, а не новый собственникъ (кас. рѣш. 1871, № 848). Въ пользу сохраненія силы за арендными договорами приводятъ ст. 521 т. X ч. 1 по которой собственникъ, несмотря на то, что его вещь находится по законно совершоннымъ актамъ во временномъ отдѣльномъ владѣніи посторонняго лица, можетъ, однако же, уступить или передать принадлежащее ему право собственности на эту вещь, впрочемъ, не стѣсняя тѣмъ правъ отдѣльнаго владѣнія. Но подъ отдѣльнымъ владѣніемъ нельзя понимать наемное содержаніе, потому что отдѣленіе V, гдѣ помѣщена приведенная статья, имѣетъ въ виду владѣніе въ собственномъ смыслѣ, какъ существенную часть права собственности. Въ уставѣ гражданскаго судопроизводства есть постановленіе, въ силу котораго при продажѣ имущества съ публичнаго торга арендные договоры сохраняютъ свою силу, если были заключены до полученія повѣстки и до обращенія на него взысканія (ст. 1099). Но этотъ отдѣльный случай не устанавливаетъ общаго правила. Новый законъ 29 мая 1911 года о землеустройствѣ также устанавливаетъ положеніе, подрывающее увѣренность въ твердости арендаго договора до условленнаго срока при перемѣнѣ собственника. Для землеустроительныхъ дѣйствій на земляхъ, находящихся въ арендѣ, согласія арендатора не требуется. Земли, сданныя въ аренду отъ общества или товарищества, могутъ быть подвергаемы раздѣлу на отдѣльныя владѣнія, съ досрочнымъ прекращеніемъ арендаго договора. Бывшему арендатору предоставляется взыскивать съ общества или товарищества, сдавшаго ему землю, непокрытыя за время аренды затраты на участокъ состоявшій въ арендѣ (ст. 17).

Судебная практика довольно устойчиво придерживается положенія, что арендный договоръ и при отчужденіи вещи сохраняетъ свою силу до назначеннаго въ немъ срока, хотя бы онъ и не былъ извѣстенъ пріобрѣтателю (кас. рѣш. 1905, № 50). Такимъ образомъ договору имущественнаго найма придается вещное свойство, дѣлающее его способнымъ выдержать борьбу съ правомъ собственности. Однако, и сама практика далеко не твердо стоитъ на принятой ею точкѣ зрѣнія. Признавая, съ одной стороны, что арендный договоръ и при продажѣ вещи сохраняетъ свою силу до назначеннаго въ немъ срока (въ отно-

шеніи, конечно, новаго собственника, а не прежняго, что само собою разумѣется), Сенатъ, съ другой стороны, считаетъ арендные договоры, заключенные продавцомъ, обязательными для покупщика только тогда, когда договоръ былъ облеченъ въ форму, при которой существуетъ предположеніе, что договоръ былъ извѣстенъ новому пріобрѣтателю (кас. рѣш. 1879, № 129); арендные договоры необязательны для покупщика и въ томъ случаѣ, если вещь не была еще передана въ пользованіе (кас. рѣш. 1877, № 83); при продажѣ имѣнія съ публичныхъ торговъ для пріобрѣтателя необязательны арендные договоры, непредъявленные ни при его описи, ни при торгѣ, а потому ему неизвѣстные (кас. рѣш. 1898, № 8). А съ другой стороны Сенатъ призналъ обязательнымъ для покупщика дома съ публичнаго торга арендный договоръ, заключенный прежнимъ собственникомъ, не смотря на то, что въ закладной, которая привела къ продажѣ дома, было обусловлено, что въ случаѣ продажи дома съ публичнаго торга всѣ заключенные на этотъ домъ наемные договоры уничтожаются (кас. рѣш. 1907 № 50).

§ 52.

Личный наемъ.

Литература: Мейеръ, *Русское гражданское право*; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 392—423, Дистерло, *О наймѣ на сельскохозяйственныя работы по закону и по обычному праву* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1886 №№ 3—6); Завадскій, *Договоръ личнаго найма по IX кн. Проекта* („Прот. Каз. Юрид. Общ.“, 1900).

I. Понятіе о личномъ наймѣ. Подъ именемъ личнаго найма понимается *договоръ, въ силу котораго одно лицо за вознагражденіе пріобрѣтаетъ право временнаго пользованія услугами другого лица.* Общія положенія о личномъ наймѣ чрезвычайно скудны въ русскомъ законодательствѣ, напротивъ, спеціальныя постановленія весьма многочисленны. Однако, не слѣдуетъ отрицать общаго характера за положеніями, помѣщенными въ т. X ч. 1, и придавать имъ спеціальное значеніе правилъ о наймѣ въ домашнее услуженіе. Такому спеціальному значенію стт. 2201—2247 т. X ч. 1 противорѣчатъ встрѣчающіяся среди нихъ положенія, которыя прямо относятся къ спеціальнымъ отношеніямъ, какъ, напр., касающіяся торговыхъ приказчиковъ, ремесленниковъ, фабричныхъ рабочихъ. Это

разнообразіе случаевъ найма, приводимыхъ самимъ закономъ, свидѣтельствуетъ въ пользу общаго характера указанныхъ статей, за исключеніемъ тѣхъ, которыя явно носятъ спеціальный характеръ. Такое толкованіе подтверждается ст. 2201, по которой личный наемъ можетъ быть не только для домашнихъ услугъ и для отправленія земледѣльческихъ, ремесленныхъ и заводскихъ работъ, торговыхъ и прочихъ промысловъ, но и вообще для отправленія всякаго рода работъ и должностей, не воспрещенныхъ закономъ. Наконецъ, въ спеціальныхъ законахъ встрѣчаются ссылки на общія правила (напр., уст. пром. статья 86).

a. Личный наемъ, устанавливающій обязательственное отношеніе, въ основаніи своемъ имѣетъ *договоръ*. Онъ предполагаетъ свободное соглашеніе сторонъ о пользованіи и предоставленіи услугъ. Этимъ признакомъ личный наемъ отличается отъ тѣхъ формъ пользованія чужими услугами, которыя имѣютъ иное основаніе. Такъ, пользованіе чужимъ трудомъ можетъ основываться на родительской власти, на законѣ, обязывающемъ однихъ лицъ къ работѣ въ пользу другихъ лицъ (крѣпостные, временно-обязанные, арестанты). Договоръ личнаго найма предполагаетъ свободу распоряженія своею рабочею силою. Поэтому рабы не могли быть субъектами личнаго найма, а только объектами, даже тогда, когда трудъ ихъ направленъ не въ пользу ихъ господина, а въ пользу постороннаго лица.

b. Содержаніе обязательства, возникающаго изъ договора личнаго найма, составляетъ *пользованіе чужимъ трудомъ*. Нанимающійся предоставляетъ въ пользованіе другого свою рабочую силу или свою дѣятельность. Съ этой стороны личный наемъ отличается отъ имущественнаго найма и ссуды, которые состоятъ въ пользованіи чужою вещью. Вмѣстѣ съ тѣмъ весьма важное различіе между ними заключается въ томъ, что вещь имѣетъ обособленное существованіе, независимое отъ собственника ея, и потому пользованіе ею со стороны постороннаго лица не затрогиваетъ самого хозяина, тогда какъ оказываемыя однимъ человѣкомъ другому услуги неотдѣлимы отъ самого человѣка, а потому пользованіе его рабочею силою, его рабочими способностями, его талантами, косвенно распространяется и на носителя ихъ. Услуги, оказываемыя другому лицу, могутъ носить грубый физическій характеръ, напр., обязанность колоть дрова или переносить

грузъ, или это можетъ быть высшій умственный трудъ, напр., обязанность участвовать въ концертѣ или писать передовыя статьи. Если наемъ имѣетъ дѣло съ производительнымъ трудомъ, т.-е. направленнымъ на производство матеріальныхъ благъ, то результатъ труда составляетъ объектъ права собственности того лица, которое имѣетъ право на трудъ. Хотя содержаніе личнаго найма состоитъ въ пользованіи только трудомъ, но характеръ договора не измѣняется, если наниматель воспользуется также чужими матеріалами и орудіями, какъ необходимыми средствами приложенія труда, напр., плотникъ приноситъ свой топоръ, пилу, обойщикъ свои гвозди, стекольщикъ свою замазку, швея иголки и нитки и т. п.

c. Пользованіе чужими услугами должно быть *временно*. Безсрочное пользованіе силами человѣка было бы установленіемъ рабства. Въ предупрежденіе возможности со стороны бѣднаго человѣка закабалить себя на всю жизнь, наше законодательство не только признаетъ временность личнаго найма, но даже прямо устанавливаетъ предѣльный срокъ этого договора, а именно 5 лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 2214). Поэтому недѣйствителенъ будетъ договоръ, въ силу котораго занявшій деньги обязывается отслужить кредитору болѣе продолжительное время, можетъ быть всю жизнь (т. X ч. 1 ст. 2215). Напрасно наша практика старается придать этому постановленію узкое примѣненіе, ограничить его дѣйствіе сферою найма прислуги и рабочихъ (кас. рѣш. 1871, № 676). Соображенія, которыя привели законодателя къ необходимости установить предѣльный срокъ, могутъ имѣть такое же приложеніе и въ другихъ видахъ найма, напр., относительно домашняго учителя, кассирши, наѣздницы въ циркѣ и т. п. Законъ, устанавливающій предѣльный срокъ, есть общій, а потому онъ долженъ имѣть примѣненіе, пока не отмѣненъ спеціальными постановленіями.

d. Договоръ личнаго найма предполагаетъ *возмездность*, такъ что если стороны упустили въ своемъ договорѣ это обстоятельство, все же право на вознагражденіе предполагается (т. X ч. 1 ст. 2218), если только предположеніе это не исключено спеціальными законами (уст. торг. ст. 8). Вознагражденіе за услуги можетъ выражаться не только въ опредѣленной суммѣ денегъ, но также въ содержаніи, одѣваніи, кормленіи и доставленіи пріюта. На этой почвѣ создается старинный казусъ, что̀ представляетъ, по своей юридической

природѣ, договоръ, въ силу котораго студентъ обязывается за комнату обучать мальчика? Слѣдуетъ ли это отношеніе понимать какъ договоръ личнаго найма, въ которомъ вознагражденіе за трудъ выражается въ предоставленіи помѣщенія, или какъ договоръ имущественнаго найма, въ которомъ вознагражденіе за пользованіе помѣщеніемъ выражается въ оказаніи личныхъ услугъ? Только по совокупности обстоятельствъ, при которыхъ состоялось соглашеніе, можно выяснить, какого рода былъ договоръ, напр., принимая во вниманіе, что хозяинъ квартиры вывѣсилъ объявленіе о сдаваемой комнатѣ, или помѣстилъ въ газетахъ объявленіе о приглашеніи студента-репетитора и т. п. Въ практикѣ возникло сомнѣніе, допустимы ли договоры личнаго найма, по которымъ служащіе, въ качествѣ офиціантовъ при ресторанѣ, должны довольствоваться чаевыми отъ посѣтителей, безъ права требовать вознагражденія за свой трудъ отъ хозяина? Сенатъ рѣшилъ, что такое условіе найма не противорѣчитъ закону (кас. рѣш. 1909, № 99). Съ этимъ разъясненіемъ согласиться невозможно. Договоръ личнаго найма, по своей природѣ, предполагаетъ элементъ возмездности, въ смыслѣ эквивалента, поступающаго отъ лица, пользующагося личными услугами, а не отъ постороннихъ договору лицъ. Вознагражденіе, опредѣляемое съ постороннихъ лицъ, еще могло бы отвѣчать моменту возмездности, если бы договоръ создавалъ право для офиціанта требовать съ третьяго лица, что́ въ отношеніи чаевыхъ невозможно. Взгляду Сенату противорѣчитъ прямой смыслъ русскаго законодательства, которое въ т. X ч. 1 ст. 2218 постановляетъ, что при заключеніи найма договаривающіяся стороны обязаны опредѣлить цѣну. Нельзя обходить это постановленіе утвержденіемъ, что вознагражденіе за услуги возможно не въ деньгахъ, а въ доставленіи содержанія, квартиры, вещей, потому что во всѣхъ этихъ случаяхъ эквивалентъ поступаетъ отъ хозяина.

II. Совершеніе договора. Договоръ личнаго найма, для своей силы, требуетъ дѣеспособности контрагентовъ и соглашенія ихъ воли.

Общее начало, по которому недѣеспособныя лица не въ правѣ вступать въ договоры, терпитъ относительно личнаго найма нѣкоторыя исключенія. Эти уклоненія объясняются тѣмъ, что цѣль ограниченія дѣеспособности не всегда стоитъ въ противорѣчіи съ обязательствомъ по личному найму. Такъ,

лица ограниченныя въ своей дѣеспособности по разстроенному положенію имущества, несостоятельные, расточители, несомнѣнно могутъ вступать въ договоры личнаго найма и предоставлять свои услуги въ распоряженіе другихъ лицъ. Лица несовершеннолѣтнія не могутъ наниматься безъ согласія ихъ родителей и опекуновъ (попечителей—т. X ч. 1 ст. 2202), однако, согласія этого не требуется при наймѣ на фабричныя работы, если несовершеннолѣтніе имѣютъ отдѣльный видъ на жительство (уст. пром. ст. 90). Наоборотъ, замужнія женщины, которыя по нашему законодательству признаются дѣеспособными, ограничены въ правѣ вступать въ договоръ личнаго найма: не могутъ наниматься, говоритъ законъ, жены безъ позволенія мужей (т. X ч. 1 ст. 2202). Это положеніе основывается на возможности столкновенія между правами мужа и требованіемъ совмѣстнаго жительства съ одной стороны, и личными отношеніями, устанавливаемыми договоромъ найма, съ другой. Поэтому правило это, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ юристовъ, распространяется на всѣ случаи личнаго найма, насколько закономъ не допущены исключенія, напр., при наймѣ на фабричныя работы жена, имѣющая отдѣльный видъ, не нуждается въ согласіи мужа (уст. пром. ст. 90); то же самое установлено для найма на сельскія работы (т. XII ч. 2 ст. 10). Договоръ личнаго найма, заключенный безъ согласія мужа, можетъ быть прекращенъ во всякое время безъ всякихъ послѣдствій, потому что мужъ осуществляетъ только свое право, а жена не исполняетъ обязательства не по своей винѣ.

Договоръ личнаго найма предполагаетъ, какъ и всякій другой, свободу соглашенія. Законъ даже подтверждаетъ это правило относительно малолѣтнихъ, постановляя, что не могутъ быть отданы въ наемъ дѣти родителями безъ собственнаго ихъ согласія, за исключеніемъ отдачи въ ученіе ремеслу (т. X ч. 1 ст. 2203), хотя послѣднее отношеніе является чаще всего личнымъ наймомъ, въ которомъ мастеръ играетъ роль нанимателя. Однако, наше законодательство знаетъ случаи личнаго найма безъ согласія того лица, услугами котораго воспользуется наниматель. a) Несостоятельные къ уплатѣ денежныхъ взысканій, наложенныхъ по суду, крестьяне и мѣщане могутъ быть отдаваемы въ общественныя работы или же въ заработки (улож. наказ. ст. 85). b) Сельскія общества въ правѣ отдавать неисправныхъ плательщиковъ казенныхъ сборовъ и земскихъ повинностей въ посторонніе заработки съ тѣмъ, чтобы

заработанныя деньги поступали въ мірскую кассу (т. IX, особ. прил., ст. 353 п. 2, отмѣнено (?) указомъ 5 октября 1906 года въ отношеніи крестьянъ). c) Воспитанницы сиротскихъ домовъ могутъ быть отданы для услугъ въ частные дома (т. XIII, уст. общ. призр., ст. 303, прил. ст. 35). d) Ротные командиры могутъ, въ силу положенія о хозяйствѣ роты, заключать по вольнымъ работамъ нижнихъ чиновъ договоры съ нанимателями, не испрашивая согласія отдаваемыхъ по найму въ работу (кас. рѣш. 1892, № 47).

Не мало сомнѣній возбуждаетъ *форма личнаго найма*. Въ общемъ законѣ говорится, что договоръ о личномъ наймѣ можетъ быть предъявленъ къ засвидѣтельствованію у нотаріуса (т. X ч. 1 ст. 2224). Изъ смысла этой статьи можно извлечь только то, что договоръ личнаго найма можетъ быть совершенъ письменно, притомъ съ засвидѣтельствованіемъ. Нашъ законодатель нерѣдко указываетъ на возможность совершенія договора какъ въ письменной, такъ и въ словесной формѣ, хотя было бы достаточно указать возможность послѣдней. Во всякомъ случаѣ изъ приведеннаго закона нельзя вывести заключеніе, будто договоръ личнаго найма долженъ быть совершенъ письменно, какъ это полагала раньше наша практика (кас. рѣш. 1880, № 155, см. теперь 1892, № 47). Подтвержденіемъ нашему взгляду можетъ служить еще то обстоятельство, что въ той же статьѣ упоминается о возможности предъявить къ засвидѣтельствованію договоръ объ отдачѣ въ обученіе, тогда какъ въ другомъ мѣстѣ законодатель прямо указываетъ на возможность совершенія этого договора въ словесной формѣ (т. XI ч. 2, уст. пром., ст. 417). Письменная форма должна быть признана необходимымъ условіемъ доказательной силы договора личнаго найма только въ тѣхъ случаяхъ, когда она прямо указана закономъ, какъ при наймѣ приказчика (уст. торг. ст. 7), при наймѣ фабричныхъ рабочихъ (уст. пром. ст. 134), при наймѣ матросовъ на морской пароходъ (уст. торг. ст. 256). Поэтому договоръ личнаго найма, внѣ приведенныхъ исключеній, можетъ быть доказываемъ свидѣтелями.

III. Обязанности нанявшагося. Личный наемъ преслѣдуетъ самыя разнообразныя бытовыя задачи. Поэтому личныя услуги, составляющія содержаніе найма, бываютъ также различнаго свойства. Между услугами фабричнаго или сельскаго рабочаго, матроса, домашней прислуги, управляющаго,

домашняго учителя, газетнаго репортера такъ мало общаго, что объединеніе ихъ ограничивается понятіемъ услуги. Отсюда ясно, что нѣтъ никакой возможности опредѣлить заранѣе вообще, что́ долженъ исполнить нанявшійся. Здѣсь все зависитъ отъ содержанія договора. Но даже договоръ, какъ бы подробно ни были предусмотрѣны въ немъ взаимныя отношенія, не въ состояніи устранить необходимости прибѣгать къ заведенному порядку, чтобы уяснить себѣ права и обязанности сторонъ. Въ видѣ общаго принципа, можетъ быть принято указаніе нашего законодательства, что хозяинъ долженъ (можетъ) требовать отъ нанявшагося только работы, условленной по договору, или той, для которой наемъ учиненъ (т. X ч. 1, ст. 2229).

Договоръ личнаго найма влечетъ за собою нерѣдко зависимость образа жизни нанявшагося отъ воли нанимателя, какъ, напр., при наймѣ прислуги. Однако, это признакъ далеко не безусловный и не характерный для всѣхъ отношеній, возникающихъ изъ договора личнаго найма, его нѣтъ, наприм., при наймѣ учителя музыки. Во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ имѣть въ виду, что договоръ личнаго найма не можетъ создать крѣпостной зависимости, а только обязательственное отношеніе, и потому обязанное лицо, находя свое положеніе невыносимымъ, можетъ, несмотря на срокъ, всегда прекратить отношеніе, рискуя только возмѣщеніемъ имущественнаго ущерба, и то тогда, если законъ не даетъ ему свободнаго выхода изъ затруднительныхъ обстоятельствъ.

Лицо, обязавшееся по договору личнаго найма къ извѣстнаго рода услугамъ, должно быть не только готово, но и способно къ выполненію ихъ. Мало того, что оно предоставитъ свою рабочую силу въ распоряженіе нанимателя,—необходимо умѣніе съ его стороны цѣлесообразно направлять свой трудъ. Этому требованію не удовлетворяетъ, напр., нанятый плотникъ, который оказывается неспособнымъ исполнять плотничную работу, управляющій имѣніемъ, который незнакомъ съ сельскимъ хозяйствомъ. Такое предложеніе услугъ равносильно неисполненію, и потому наниматель въ правѣ не платить вознагражденіе нанявшемуся, если послѣдній оказался не въ состояніи исполнять ту работу, для которой нанялся.

Нанявшемуся воспрещается безъ вѣдома своего хозяина брать или отправлять чужую работу (т. X ч. 1, ст. 2232). Это запрещеніе можетъ относиться только къ такимъ видамъ найма, когда нанявшійся предоставляетъ свою трудовую дѣятель-

ность въ пользованіе нанимателя не на извѣстные часы дня, какъ напр. учитель музыки, а на цѣлые дни, какъ напр. горничная или управляющій домомъ.

Нанявшійся долженъ, по порученному ему отъ хозяина дѣлу, стараться сколько можно отвращать всѣ могущія случиться убытки (т. X ч. 1, ст. 2231). Предполагается, что убытки возможны по свойству порученной нанявшемуся работы и что убытки обусловлены недостаточною бережностью нанявшагося къ интересамъ хозяина, а не внѣшними привходящими причинами.

Нанявшійся въ работу, которая влечетъ за собою совмѣстное жительство нанявшагося и нанимателя, долженъ проявлять почтительность къ послѣднему и его семьѣ и стараться сохранять домашнюю тишину и согласіе (т. X ч. 1 ст. 2230). Грубость и дерзость нанявшагося, являясь препятствіемъ къ сохраненію тѣхъ мирныхъ отношеній, которыя вызываются тѣсною близостью контрагентовъ, даютъ основаніе нанимателю требовать расторженія договора.

IV. Обязанности нанимателя. За пользованіе чужимъ трудомъ наниматель обязывается къ вознагражденію. При заключеніи найма стороны условливаются, рядятся относительно вознагражденія, которое законъ называетъ рядною платою (т. X ч. 1 ст. 2218). Плата за трудъ можетъ выражаться въ различныхъ формахъ: въ видѣ платы за извѣстное время труда, въ видѣ платы поштучной, въ видѣ участія въ прибыли съ предпріятія,—послѣдняя форма предусмотрѣна нашимъ законодательствомъ относительно торговыхъ довѣренныхъ (т. X ч. 1 ст. 2219). Опредѣленіе величины вознагражденія предоставляется свободному соглашенію сторонъ, однако, плата, даваемая отъ цехового мастера подмастерьямъ и ученикамъ, должна быть не выше и не ниже той, которая опредѣлена ремесленнымъ сходомъ посредствомъ учиненнаго разъ на весь годъ приговора (т. X ч. 1 ст. 2221). Плата должна быть выдаваема согласно сдѣланному условію, а потому наниматель не въ правѣ платить вещами или продуктами производства. Это прямо предусмотрѣно закономъ относительно фабричныхъ рабочихъ (уст. пром. ст. 99), но это вытекаетъ изъ общихъ соображеній объ исполненіи обязательства. Жилища и содержанія нанявшійся въ правѣ требовать только въ томъ случаѣ, когда объ этомъ сдѣлано было въ договорѣ особое условіе (т. X ч. 1 ст. 2223). Впрочемъ, иногда обстоятельства заставляютъ предположить обя-

занность нанимателя доставить нанявшимся кровъ и пищу, хотя бы о томъ и не было между ними условлено, а именно при уединенномъ мѣстѣ проявленія труда, напр., относительно рабочихъ лѣсопильнаго завода, стоящаго въ глухомъ лѣсу.

Какъ нанявшійся обязывается къ почтительности, такъ и на нанимателѣ лежитъ обязанность обходиться справедливо и кротко съ нанявшимися, соблюдать домашнюю тишину и согласіе, для отвращенія случая къ обоюднымъ неудовольствіямъ и жалобамъ (т. X ч. 1 ст. 2229 и 2230). Грубость обращенія со стороны нанимателя даетъ нанявшемуся основаніе требовать прекращенія договора.

Наше устарѣлое законодательство не считаетъ своимъ долгомъ, по примѣру германскаго уложенія 1897 и бельгійскаго закона 10 марта 1900 года, возложить на нанимателя обязанности по обезпеченію физическихъ и нравственныхъ интересовъ нанявшагося. Въ нашемъ законодательствѣ не указано, что болѣзнь нанявшагося, вошедшаго въ домъ нанимателя, не даетъ послѣднему права вышвырнуть его за дверь; не вмѣнено нанимателю въ обязанность позаботиться о врачебной помощи или о помѣщеніи въ больницу заболѣвшаго; не возложено на нанимателя принять мѣры къ тому, чтобы предоставляемое нанявшемуся помѣщеніе ограждало его здоровье и нравственность, напр., чтобы спальня женской прислуги была отдѣлена отъ мужчинъ, чтобы швейцара большого дома не помѣщали подъ лѣстницей на сквозномъ вѣтру и т. п.

V. Прекращеніе личнаго найма. Кромѣ общихъ основаній прекращеній договора, какъ взаимное соглашеніе и невозможность исполненія, напр., въ случаѣ тяжелой болѣзни, личный наемъ прекращается по слѣдующимъ причинамъ.

1. Если договоръ былъ безсрочный, то онъ можетъ быть прекращенъ каждою стороною въ любой моментъ. Въ предупрѣжденіе неудобствъ, возможныхъ отъ такого иногда неожиданнаго разрыва, западныя законодательства устанавливаютъ извѣстный срокъ, до котораго контрагенты должны сохранять отношеніе, слѣдовательно они обязываются заблаговременно предупредить другъ друга о своемъ намѣреніи (Kündigung), при чемъ законъ указываетъ тѣ сроки, въ которые можетъ быть сдѣлано заявленіе. Къ сожалѣнію, наше законодательство не устанавливаетъ обязанности такого предупрежденія и такого срока, за исключеніемъ только случая найма фабричныхъ рабочихъ (2 недѣли).

2. Если въ договорѣ указанъ срокъ, то до истеченія его стороны не въ правѣ самовольно прекращать обязательственное отношеніе, подъ страхомъ возмѣщенія всего убытка, причиненнаго такимъ несвоевременнымъ разрывомъ (т. X ч. 1 ст. 2238). Впрочемъ, наличность нѣкоторыхъ обстоятельствъ допускаетъ прекращеніе договора и до наступленія срока, напр., неспособность къ работѣ, неисполненіе условленной работы, задержка въ платежѣ вознагражденія, грубость обращенія. Отъ суда зависитъ взвѣсить въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ основательность выставляемаго повода. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ, напр. относительно фабричныхъ и сельскихъ рабочихъ, законъ беретъ на себя трудъ подробно опредѣлить причины досрочнаго прекращенія личнаго найма.

3. Договоръ личнаго найма относится къ обязательствамъ, въ которыхъ личность контрагентовъ играетъ особенно важную роль. Нашъ законъ выдѣляетъ такіе договоры въ особую группу. Послѣдствіемъ такого характера личнаго найма является прекращеніе отношенія въ случаѣ смерти одного изъ контрагентовъ, нанявшагося или нанимателя (т. X ч. 1 ст. 2238). Въ видѣ исключенія законъ устанавливаетъ, что всѣ лица, связанныя договоромъ личнаго найма съ торговымъ предпріятіемъ, остаются при своихъ должностяхъ, несмотря на смерть хозяина (т. X ч. 1 ст. 2238, прил. ст. 19).

VI. Виды личнаго найма. Кромѣ указанныхъ общихъ нормъ, наше законодательство устанавливаетъ еще многочисленныя спеціальныя правила для различныхъ видовъ личнаго найма. Эти различія не всегда вызываются какими-нибудь дѣйствительными потребностями, и часто затрудняютъ опредѣленіе отношеній, возникающихъ изъ личнаго найма, такъ какъ не всегда ясно, гдѣ какія правила должны имѣть примѣненіе. Не входя въ подробное разсмотрѣніе этихъ иногда весьма мелочныхъ нормъ, слѣдуетъ опредѣлить только границы примѣненія спеціальныхъ правилъ, за которыми открывается дѣйствіе общихъ постановленій, и выдающіяся особенности этихъ исключеній.

1. Въ уставѣ торговомъ (ст. 3—62) помѣщены правила о наймѣ *приказчиковъ*, подъ которыми слѣдуетъ понимать только тѣхъ лицъ вспомогательнаго торговаго персонала, дѣятельность которыхъ имѣетъ юридическій характеръ, направлена на совершеніе сдѣлокъ, а потому сила этихъ правилъ не распространяется на всѣхъ прочихъ лицъ, прилагающихъ свой трудъ къ успѣху

торговаго предпріятія. Правила эти основаны на старинныхъ источникахъ, главнымъ образомъ на цеховомъ уставѣ 1799 года, а потому носятъ несвойственный настоящему времени семейный характеръ. Особенности правилъ о наймѣ приказчиковъ заключаются въ слѣдующемъ: a) необходима письменная форма договора, упущеніе которой лишаетъ хозяина права требовать отчета отъ приказчика, а послѣдняго лишаетъ права требовать вознагражденія; b) рядная плата сама собою не предполагается, а должна быть прямо указана; c) приказчику запрещается, безъ согласія хозяина, производство торговли за собственный или чужой счетъ подъ страхомъ конфискаціи товаровъ въ пользу хозяина; d) смерть хозяина не прекращаетъ договорнаго отношенія.

2. Особенныя правила введены нашимъ законодательствомъ, по примѣру западныхъ, для *фабричныхъ рабочихъ* (уст. пром. стт. 127—156). Примѣненіе этихъ нормъ ограничивается фабриками и заводами, которые, по опредѣленію закона, отличаются отъ ремеселъ тѣмъ, что имѣютъ въ большомъ видѣ заведенія и машины, у ремесленниковъ же ихъ нѣтъ, кромѣ ручныхъ машинъ и инструментовъ (уст. пром. ст. 2). Общій характеръ этихъ нормъ отличается стремленіемъ ограничить свободу соглашенія, способную въ дѣйствительности повлечь за собою необходимое подчиненіе рабочаго требованіямъ работодателя. Нормы гражданскаго права сплетаются съ нормами полицейскаго права, выразителемъ котораго является особенно надзоръ со стороны фабричной инспекціи. Особенности этихъ правилъ состоятъ въ слѣдующемъ: a) договоръ долженъ быть совершенъ съ выдачею рабочей книжки, выдаваемой хозяиномъ рабочему; b) законъ устанавливаетъ подробныя правила о выдачѣ платы въ предупрежденіе задолжанія рабочаго, а также о срокахъ разсчета, ограничиваетъ возможность вычетовъ по частнымъ взысканіямъ, даетъ особое назначеніе штрафамъ; c) въ законѣ установлены сроки предупрежденія о намѣреніи прекратить договоръ; d) указываются причины прекращенія договора до срока; e) устанавливается особое понятіе о почтительности рабочаго, о прогулѣ, о неисправной работѣ.

3. Какъ страна земледѣльческая, Россія потребовала спеціальныхъ нормъ для найма *сельскихъ рабочихъ* (т. XII, ч. 2, изд. 1906, пол. найма сельск. раб.). Примѣненіе этихъ нормъ ограничивается сельскимъ хозяйствомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова, т.-е. полевымъ и ферменнымъ, не распространяясь на кирпичные,

лѣсопильные заводы, маслобойни и т. п. заведенія, переходящія въ область фабрично-заводской промышленности. Притомъ, правила эти касаются только найма на срокъ, а наемъ на сдѣльныя, поденныя и испольныя работы по сельскому хозяйству подлежитъ общимъ правиламъ. Договоръ можетъ быть заключенъ въ словесной или письменной формѣ. Особенности этого вида найма заключаются въ томъ: a) что договоръ смертью нанимателя не прекращается, а переходитъ на его наслѣдниковъ; b) что неуплата своевременно жалованія рабочимъ даетъ имъ право требовать законной неустойки въ размѣрѣ $^1/_2$-коп. въ день съ недоплаченнаго рубля; c) что законъ указываетъ и ограничиваетъ случаи вычетовъ изъ платы; d) что наниматель, принявшій къ себѣ рабочаго, зная, что онъ связанъ договоромъ съ другимъ нанимателемъ, обязанъ вознаградить послѣдняго за всѣ причиненные ему самовольнымъ уходомъ убытки. Если рабочій былъ нанятъ другимъ хозяиномъ по невѣдѣнію о заключенномъ ранѣе договорѣ, то второй наниматель обязанъ отпустить рабочаго, а если наниматель зналъ о заключенномъ договорѣ, то ему угрожаетъ уголовная отвѣтственность за сманиваніе рабочихъ. Законъ опредѣляетъ также случаи возможнаго для той и другой стороны прекращенія договора до срока. Сверхъ того, лицамъ, желающимъ пользоваться особыми преимуществами по неисполненію договоровъ о наймѣ, предоставляется совершать ихъ по договорнымъ листамъ, выдаваемымъ изъ волостного правленія. Главное изъ этихъ преимуществъ состоитъ въ томъ, что въ случаѣ неявки или самовольнаго ухода нанявшагося рабочаго наниматель можетъ заявить о томъ полиціи, которая разыскиваетъ его и обязываетъ его вернуться къ нанимателю, подъ угрозою вычета изъ его платы, какъ за прогулъ. Такъ ограждены интересы помѣщиковъ.

4. Отношенія по найму въ средѣ *ремесленниковъ* подлежатъ особымъ правиламъ (уст. пром. ст. 402—423). Ремесленный наемъ выражается въ двухъ формахъ: въ видѣ найма ремесленнаго ученика и найма подмастерья. a) Получившій аттестатъ отъ мастера становится подмастерьемъ, который все-таки не можетъ самостоятельно принимать заказы, а долженъ работать по найму у мастера. Каждому производимому въ подмастерье цеховая управа выдаетъ книжку, съ перешнурованными листами за скрѣпкою. Въ этой книжкѣ каждый мастеръ, у котораго находился подмастерье, обязанъ отмѣтить знаніе и поведеніе послѣдняго. Подмастерью запрещается отходить отъ мастера и

въ службу вступать къ другому, не получивъ отъ прежняго аттестата. b) Наемъ учениковъ предусматривается нашимъ законодательствомъ въ ремесленной промышленности (уст. пром. ст. 417—423) и въ торговлѣ (уст. торг. ст. 30 и 31). Съ точки зрѣнія нашего закона отношеніе между мастеромъ и хозяиномъ съ одной стороны и ученикомъ съ другой разсматривается какъ договоръ личнаго найма (т. X, ч. 1 ст. 2201, прим., ст. 2203, уст. торг. ст. 30 ср. ст. 5). Съ точки зрѣнія теоріи возбуждается сомнѣніе, нанимаетъ ли хозяинъ ученика или ученикъ (родители и опекуны) хозяина. Слѣдуетъ признать, что мы имѣемъ передъ собой договоръ личнаго найма, въ силу котораго хозяинъ пріобрѣтаетъ право пользоваться рабочей силой ученика, который, въ видѣ вознагражденія за трудъ, пріобрѣтаетъ техническія познанія путемъ обученія и практики. Поэтому ученическимъ договоромъ не будетъ тотъ случай, когда состоятельный отецъ вступаетъ въ соглашеніе съ мастеромъ, который за плату обязывается обучить его сына столярному или слесарному искусству. Договоръ найма учениковъ производится словесно, но при двухъ свидѣтеляхъ. Срокъ договора не менѣе 3 и не долѣе 5 лѣтъ, по прошествіи которыхъ мастеръ обязанъ выдать ученику письменное свидѣтельство. Смерть мастера не прекращаетъ договора, потому что ученикъ остается до срока у вдовы мастера, если у нея есть добрый и искусный подмастерье.

5. Существуютъ особыя правила для найма *рабочихъ на золотые промыслы* (т. VII, уст. горный, ст. 661—688). Рабочими на промыслахъ признаются всѣ служащіе на нихъ по вольному найму, за исключеніемъ принадлежащихъ къ составу промыслового управленія (управляющихъ, ученыхъ руководителей и техниковъ, а равно приказчиковъ, конторщиковъ и писцовъ). Договоры о наймѣ могутъ быть заключаемы съ отдѣльными лицами, съ цѣлыми семьями, или съ артелью. Договоръ найма совершается или явочнымъ порядкомъ или словесно. Законъ устанавливаетъ наибольшую величину задатковъ, а именно не свыше 100 рублей при наймѣ съ задѣльною платою и не свыше $^1/_3$ годовой платы въ остальныхъ случаяхъ. Не допускается включеніе въ договоръ условій о производствѣ съ рабочаго вычетовъ и взысканій, не предусмотрѣнныхъ закономъ, а также условій, клонящихся къ ограниченію въ пользованіи правомъ судебной защиты. Рабочій обязанъ явиться на промыселъ къ сроку, установленному въ договорѣ найма.

Въ случаѣ явки рабочаго, нанявшагося на хозяйскомъ продовольствіи, ранѣе срока, но не болѣе чѣмъ за 2 недѣли, онъ имѣетъ право на безплатное пищевое довольствіе, хотя бы онъ и не производилъ работы. По прибытіи на промыселъ каждый рабочій получаетъ безплатно разсчетную книжку, по утвержденному образцу. Законъ перечисляетъ всѣ дни въ году, когда рабочіе должны быть свободны отъ работъ. При производствѣ рабочимъ платежей не дозволяется, безъ судебнаго опредѣленія, дѣлать вычеты въ уплату ихъ долговъ. Въ случаѣ, если расплата съ рабочимъ не будетъ произведена немедленно по окончаніи срока договора съ ними, завѣдующій промысломъ обязанъ содержать рабочаго на свой счетъ и уплачивать ему по 60 коп. за каждыя сутки, со дня окончанія срока договора по день расплаты.

6. Особымъ правиламъ подлежитъ наемъ *морскихъ матросовъ*. Постановленія эти (уст. торг. ст. 243—297), основанныя на уставѣ о водоходцахъ XVIII столѣтія, представляются въ значительной степени анахронизмомъ. Договоръ требуетъ письменной формы и кромѣ того явки. Нанявшійся матросъ пользуется тою привилегіею, что не можетъ быть задержанъ по частнымъ взысканіямъ, если пароходъ готовъ уже къ отплытію. Законъ обязываетъ къ выдачѣ матросамъ задатка въ счетъ платы. Согласно старинному взгляду морской торговли, матросы теряютъ право на уплату въ случаѣ гибели судна. Если пароходъ будетъ проданъ въ чужой странѣ, матросы въ правѣ требовать средствъ, необходимыхъ для возвращенія въ отечество.

§ 53.

Подрядъ.

I. Понятіе о подрядѣ. Договоръ подряда возбуждаетъ большія сомнѣнія при уясненіи его природы, потому что въ пониманіи его обнаруживается разногласіе какъ въ теоріи, такъ и въ законодательствахъ. Французскій гражданскій кодексъ упоминаетъ о подрядѣ (entreprise) среди постановленій о личномъ наймѣ (§§ 1711, 1794, 1798), не давая ему отличительныхъ признаковъ, чѣмъ возбуждаетъ не малыя колебанія въ судебной практикѣ. Новѣйшія законодательства, германское (§ 631) и швейцарское (§ 363), стараются по возможности точно опредѣлить договоръ подряда по сопоставленію съ личнымъ най-

момъ. По ихъ взгляду, подрядъ есть договоръ, въ силу котораго одно лицо обязывается за вознагражденіе выполнить извѣстную работу (Werk). Съ этой точки зрѣнія различіе между подрядомъ и личнымъ наймомъ сводится къ тому, что въ первомъ случаѣ одинъ контрагентъ получаетъ право на результатъ труда другого, тогда какъ во второмъ онъ получаетъ право пользованія рабочею силою другого.

Нашъ законъ опредѣляетъ подрядъ, какъ *договоръ, по силѣ котораго одна сторона принимаетъ на себя обязанность исполнить своимъ иждевеніемъ предпріятіе, а другая, въ пользу коей сіе производится, учинить за то денежный платежъ* (т. X ч. 1 ст. 1737). Въ видѣ примѣровъ законъ указываетъ на постройку, починку, передѣлку и ломку зданій и вообще производство всякихъ работъ, на перевозку людей и тяжестей, сухимъ путемъ и водою (т. X ч. 1 ст. 1738). Можно было бы видѣть въ данномъ опредѣленіи признаки, близко подходящіе къ взгляду новѣйшихъ законодательствъ, если бы законъ не причислилъ къ личному найму ремесленнаго заказа (т. X ч. 1 ст. 2218), который съ германской или швейцарской точки зрѣнія подходитъ къ подряду. Вмѣсто того, чтобы опредѣлять договоръ подряда по сопоставленію съ личнымъ наймомъ, нашъ законодатель сближаетъ въ одно понятіе подрядъ и поставку, конечно, руководствуясь фискальнымъ взглядомъ на подрядчиковъ и поставщиковъ.

а. Анализируя данное закономъ опредѣленіе, мы обнаруживаемъ прежде всего, что въ подрядѣ есть обязанность *исполнить предпріятіе*. Подъ это выраженіе, совершенно несоотвѣтствующее смыслу всей статьи, мы должны подвести исполненіе работы, какъ продуктъ приложенія рабочей силы. Въ подрядѣ мы имѣемъ дѣло съ «исполненіемъ» работы, а въ личномъ наймѣ—съ «отправленіемъ» работы (т. X ч. 1 ст. 2201). Это можетъ быть понимаемо только какъ результатъ труда съ одной стороны и какъ длительное состояніе трудовой дѣятельности съ другой. Нанявшійся предоставляетъ свой трудъ въ распоряженіе нанимателя, который направляетъ ее по своему плану въ предѣлахъ договорнаго условія или заведеннаго порядка. Напротивъ, подрядчикъ самостоятельно выполняетъ планъ осуществленія поставленной ему задачи. Ему предложено: построить мостъ, достать затонувшее судно, отремонтировать домъ и т. п., но самый способъ выполненія работы оставляется на его усмотрѣніе.

b. Подрядъ выполняется *за счетъ и рискъ* подрядчика, или, какъ выражается законъ—его «иждевеніемъ». Подрядчикъ самъ достаетъ необходимыя рабочія руки и матеріалы насколько, они не даны ему другою стороною. Если они окажутся несоотвѣтствующими задачѣ и работа не будетъ выполнена или будетъ выполнена несогласно условію—убытокъ падаетъ на предпринимателя. Если подрядчикъ получаетъ авансы,—это нисколько не измѣняетъ дѣла, потому что при неисполненіи задачи, авансъ можетъ быть вытребованъ обратно.

c. Подрядъ предполагаетъ *вознагражденіе* за выполненную работу. Формы вознагражденія могутъ быть различны. Платежъ можетъ быть опредѣленъ огуломъ за цѣлое, или въ видѣ временныхъ платежей или поштучной платы. Напр., заключается съ городомъ договоръ объ очисткѣ снѣга съ улицъ и площадей въ теченіе такого-то года: вознагражденіе опредѣляется или въ видѣ общей годовой цѣны, или въ видѣ ежемѣсячныхъ платежей, или въ видѣ платы съ каждаго воза.

II. Отличіе отъ смежныхъ договоровъ. Наибольшій интересъ и наибольшія трудности представляетъ вопросъ о разграниченіи договора подряда и личнаго найма. Существуетъ рядъ попытокъ къ его разрѣшенію. 1) По мнѣнію однихъ, договоръ личнаго найма предполагаетъ личное исполненіе, тогда какъ подрядъ требуетъ постороннихъ рукъ, при чемъ подрядчикъ является въ роли посредника (Мейеръ, Пахманъ, Анненковъ). Такая точка зрѣнія находитъ себѣ поддержку въ томъ, что чаще всего подрядъ производится съ привлеченіемъ рабочихъ рукъ, а, съ другой стороны, въ томъ, что нашъ законъ заказъ работы ремесленнику признаетъ личнымъ наймомъ. Первый доводъ основывается на томъ, какъ обыкновенно бываетъ, но не доказываетъ, что такъ всегда должно быть. Второй доводъ основывается на авторитетѣ закона, а потому ему необходимо подчиниться, но лишь въ предѣлахъ смысла закона: не-ремесленный заказъ долженъ перейти уже въ подрядъ, а не въ личный наемъ, напр., заказъ архитектурнаго плана, фабричный заказъ. Не личнымъ наймомъ, а подрядомъ будетъ договоръ, въ силу котораго одно лицо обязывается приготовить другого къ экзамену на аттестатъ зрѣлости. 2) По другому взгляду личный наемъ устанавливаетъ зависимость нанявшагося, тогда какъ при подрядѣ сохраняется самостоятельность подрядчика (Побѣдоносцевъ). Но нельзя утверждать, будто всякій личный наемъ создаетъ зависимость. Она имѣетъ мѣсто при наймѣ прислуги, рабочаго на

фабрикѣ, но ея нѣтъ при наймѣ учительницы музыки, приходящей швеи, доктора. 3) Существуетъ взглядъ, что личный наемъ предполагаетъ только личный трудъ, тогда какъ подрядъ соединяется съ доставкою необходимыхъ матеріаловъ (Гордонъ). Но мы уже видѣли, что при личномъ наймѣ возможна и доставка матеріала, напр., гвоздей, замазки, нитокъ и т. п., а, съ другой стороны, при подрядѣ лицо, въ пользу котораго выполняется работа, можетъ позаботиться само о всѣхъ потребныхъ матеріалахъ. 4) Наконецъ, Сенатъ сталъ на особую точку зрѣнія. «Для опредѣленія того, какого рода соглашеніе состоялось между лицами договорившимися, слѣдуетъ обсудить, составляетъ ли содержаніе и предметъ договора по обширности, сложности, цѣнности и другимъ признакамъ какое-либо предпріятіе или нѣтъ; въ первомъ случаѣ будетъ договоръ подряда, а въ послѣднемъ—личный наемъ» (кас. рѣш. 1877, № 73). Но Сенатъ не далъ никакихъ указаній, что́ слѣдуетъ понимать подъ словомъ «предпріятіе», особенно, если принять во вниманіе то разнообразіе значеній, какое соединяется въ нашемъ законодательствѣ съ этимъ выраженіемъ: каждая поставка, съ точки зрѣнія промысловаго обложенія, считается отдѣльнымъ предпріятіемъ (т. V нал. торг. и пром. ст. 415), предпріятіе въ отличіе отъ заведенія (т. V нал. торг. и пром. ст. 419), наслѣдованіе торговаго предпріятія (т. X ч. 1 ст. 1238, прил. ст. 15). Считая всѣ эти попытки разграниченія неудачными, слѣдуетъ держаться того отличія между личнымъ наймомъ и подрядомъ, что личный наемъ даетъ право пользоваться временно трудовою дѣятельностью другого лица, а подрядъ даетъ право на результатъ затраченнаго труда по осуществленію поставленной задачи. Съ этой точки зрѣнія приглашеніе годового врача есть договоръ личнаго найма, а приглашеніе врача для операціи есть подрядъ; приглашеніе юрисконсультомъ присяжнаго повѣреннаго есть договоръ личнаго найма, а порученіе ему дѣла изъ выигрыша есть подрядъ; мы нанимаемъ людей для переноски вещей съ одной квартиры на другую, мы сдаемъ въ подрядъ перевозку вещей изъ одного города въ другой.

То обстоятельство, что законъ даетъ общее опредѣленіе подряду и поставкѣ и общія правила о составленіи и исполненіи этихъ договоровъ, ставитъ передъ русскимъ юристомъ задачу разграниченія подряда и поставки. Наша практика высказала мнѣніе, что эти договоры «нашимъ закономъ не отличаются

строго одинъ отъ другого» (кас. рѣш. 1872, № 373). Между тѣмъ поставка въ ближайшемъ родствѣ съ куплею-продажею, а подрядъ съ личнымъ наймомъ. Договоръ поставки обязываетъ только къ передачѣ вещей, опредѣляемыхъ по роду, вѣсу или числу, тогда какъ подрядъ обязываетъ только къ выполненію работы, при чемъ передача вещей, возможная, хотя и не необходимая, ограничивается предѣлами приложенія труда. Обязательство вырубить березовый лѣсъ и распилить его на дрова есть договоръ подряда, а обязательство доставить столько то саженъ березовыхъ дровъ, откуда бы они не были добыты, есть договоръ поставки.

Разграниченіе требуется еще на одну сторону. Нерѣдко архитекторъ принимаетъ на себя обязательство выстроить и передать домъ условленнаго качества за опредѣленную общею суммою цѣну. Можно ли признать такой договоръ подрядомъ? Очевидно, нѣтъ. Архитекторъ обязуется передать за опредѣленную цѣну опредѣленную вещь,—здѣсь всѣ признаки запродажи. Сенатъ, вѣроятно, призналъ бы эту сдѣлку за продажу, какъ онъ призналъ куплей-продажей договоръ, въ силу котораго парикмахеръ обязался изготовить къ сроку изъ своего матеріала шиньонъ (кас. рѣш. 1873, № 650). Но продать вещь, которая еще не существуетъ и на которую, слѣдовательно, у продавца не можетъ быть права собственности—нельзя. Здѣсь возможна только запродажа.

III. Заключеніе договора. Постановленіе закона, что всѣ лица, имѣющія право заключать договоры, могутъ вступать въ подряды (т. X ч. 1 ст. 1739), конечно, разумѣется само по себѣ. Но законодатель можетъ ввести въ заблужденіе замѣчаніемъ, что если договоръ имѣетъ своимъ предметомъ торговое предпріятіе, для выполненія котораго требуются установленныя на право торговли свидѣтельства, то подрядчикъ не можетъ принимать на себя обязательства свыше той суммы, на какую даетъ ему право полученное имъ свидѣтельство (т. X ч. 1 ст. 1740). Это не значитъ, чтобы договоръ подряда былъ недѣйствителенъ, а значитъ, что подрядчикъ долженъ внести дополнительный налогъ подъ страхомъ штрафа въ случаѣ обнаруженнаго на судѣ упущенія и подъ страхомъ отказа со стороны нотаріуса засвидѣтельствовать подобный договоръ (ср. пол. о каз. подр. и пост. ст. 4). Форма договора подряда должна быть непремѣнно письменная, и свидѣтельскія показанія не допускаются въ случаѣ отрицаніи контрагентами договора.

IV. Казенные подряды. Договоры подряда съ казною, какъ и всѣ прочіе договоры съ нею, подчиняются общимъ правиламъ гражданскаго права, но кромѣ того законъ въ положеніи о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ даетъ еще подробныя спеціальныя постановленія. За небольшими исключеніями, правила эти имѣютъ характеръ инструкціи административнымъ учрежденіямъ, а не нормъ права, а потому не подлежатъ нашему разсмотрѣнію.

Нѣкоторыя особенности обнаруживаются при заключеніи договора. Оно можетъ происходить троякимъ образомъ: посредствомъ торговъ, посредствомъ запечатанныхъ объявленій, посредствомъ торговъ и запечатанныхъ объявленій. 1) Первый способъ состоитъ въ томъ, что на листѣ, на который внесены имена желающихъ вступить въ договоръ, записывается объявляемая каждымъ изъ нихъ цѣна до тѣхъ поръ, пока никто ниже цѣны предлагать не будетъ. Въ этомъ записываніи цѣны содержится предложеніе со стороны каждаго изъ торгующихся, а казенное учрежденіе принимаетъ то изъ предложеній, которое является для него наиболѣе выгоднымъ. Предложеніе можетъ быть сдѣлано какъ на торгахъ, такъ и на переторжкѣ, которая въ большинствѣ случаевъ имѣетъ главное значеніе. По окончаніи торговъ казенное учрежденіе приступаетъ къ заключенію договора и облеченію его въ форму (ст. 117). Но если подрядъ превышаетъ установленную въ законѣ сумму, то принятіе предложенія и, слѣдовательно, заключеніе договора зависитъ не отъ мѣстнаго учрежденія, а отъ высшей администраціи. 2) Совершеніе подряда посредствомъ запечатанныхъ объявленій состоитъ въ томъ, что казенное учрежденіе посредствомъ публикацій вызываетъ желающихъ вступить въ договоръ, намѣчаетъ предметъ и нѣкоторыя условія, но не дѣлаетъ само предложенія, а только ждетъ его. Предложенія предъявляются исключительно въ запечатанныхъ пакетахъ, которые вскрываются одновременно. Наиболѣе выгодное предложеніе принимается. Разсчетъ казны основанъ на томъ психологическомъ соображеніи, что каждый, опасаясь болѣе выгодныхъ предложеній со стороны другихъ поспѣшитъ съ болѣе выгодными условіями. 3) Возможно, наконецъ, совершеніе договора подряда посредствомъ совокупнаго употребленія изустныхъ торговъ и запечатанныхъ объявленій, разсчитанное опять-таки на опасеніе передъ неизвѣстностью содержанія запечатанныхъ пакетовъ, вскрываемыхъ въ тотъ моментъ, когда торги признаются законченными.

Другая особенность заключается въ соединяемомъ съ подрядомъ займѣ, который дѣлаетъ подрядчикъ у казны на основаніи закона. Для удобнѣйшаго исполненія казенныхъ подрядовъ допускается отъ казны пособіе, которое законъ называетъ задаткомъ. Однако, законъ неправильно выражается въ настоящемъ случаѣ,—это не задатокъ, а заемъ. Вѣрность этого взгляда обнаруживается изъ того, во-первыхъ, что казна слишкомъ надежный контрагентъ, чтобы обязательство ея нуждалось въ обезпеченіи, а во-вторыхъ, изъ того, что выдаваемое пособіе обезпечивается залогомъ рубль за рубль, а слѣдовательно само оно не можетъ считаться обезпеченіемъ. Если это не задатокъ, то отсюда получается тотъ выводъ, что эта денежная сумма не теряется казною даже въ томъ случаѣ, когда договоръ нарушается по ея винѣ, потому что долгъ всегда долженъ быть возвращенъ (кас. рѣш. 1880, № 115).

§ 54.

Довѣренность.

Литература: Побѣдоносцевъ. *Курсъ гражданскаго права*, III, стр. 486—512; Гордонъ, *Представительство въ гражданскомъ правѣ*, 1878, стр. 64—99; Нерсесовъ, *Понятіе добровольнаго представительства въ гражданскомъ правѣ*, 1878.

I. Понятіе о довѣренности. Подъ именемъ договора довѣренности или порученія понимается *договоръ, въ силу котораго одно лицо обязывается совершать юридическія сдѣлки отъ имени и за счетъ другого лица, его на то уполномочившаго.* Довѣренность является договорнымъ отношеніемъ, а потому представительство по довѣренности отличается отъ представительства по закону, со стороны, напр., родителей, опекуновъ. Довѣренность имѣетъ своимъ содержаніемъ услуги особаго свойства. Этимъ договоромъ лицо обязывается къ юридической дѣятельности, къ совершенію юридическихъ сдѣлокъ отъ имени и въ пользу другого. Договоръ, не направленный на этого рода дѣятельность, не обязывающій къ представительству, не можетъ считаться договоромъ довѣренности. По этому вопросу законодательства расходятся: французское (франц. гражд. код. § 1984), по толкованію французскихъ юристовъ, стоитъ на указанной точкѣ зрѣнія и предполагаетъ полномочіе данное на совершеніе юридическихъ актовъ; напротивъ, германское

(герм. гражд. улож. § 662) и швейцарское (швейц. обяз. законъ § 394) не исключаютъ возможности и фактическихъ услугъ, какъ напр., надзоръ за рабочими, составленіе плана или смѣты. Русское законодательство не даетъ опредѣленія договора довѣренности. Но, если принять во вниманіе всю совокупность постановленій, явно разсчитанныхъ на юридическій, а не на фактическій характеръ дѣятельности довѣреннаго, и въ особенности а) на сопоставленіе довѣренности съ вѣрющимъ письмомъ въ самомъ названіи главы и b) на требованіе, чтобы довѣренность давалась только тому, кому по закону не воспрещено вступать въ договоръ (т. X ч. 1 ст. 2294),—необходимо признать, что по нашему законодательству договоръ довѣренности характеризуется юридическимъ свойствомъ даваемаго порученія. Сенатъ опредѣляетъ договоръ довѣренности (порученія), какъ препорученіе однимъ лицомъ исполненія, его именемъ и подъ его отвѣтственностью, извѣстныхъ дѣйствій, опредѣленныхъ или неопредѣленныхъ, и принятіе на себя другимъ лицомъ (довѣреннымъ) сихъ дѣйствій къ исполненію, безвозмездно, или за условленное вознагражденіе (кас. рѣш. 1870, № 1039), но при этомъ Сенатъ не выясняетъ, какого рода дѣйствія имѣются въ виду.

Указанными признаками договоръ довѣренности отличается отъ личнаго найма и отъ коммиссіи. Съ первымъ изъ указанныхъ договоровъ довѣренность сближаетъ то, что въ обоихъ обязательствахъ одно лицо предоставляетъ въ распоряженіе другого свои услуги, но въ довѣренности онѣ направлены на совершеніе юридическихъ сдѣлокъ, а въ личномъ наймѣ—на фактическую дѣятельность. Поэтому отношенія между врачемъ и паціентомъ, между подсудимымъ и защитникомъ его на судѣ и т. п. принадлежатъ къ договору личнаго найма, а не къ довѣренности. Повѣренный по гражданскимъ дѣламъ является представителемъ своего кліента, подаетъ исковое прошеніе, кончаетъ дѣло мировою сдѣлкою, а потому они связаны взаимно договоромъ довѣренности. Договоръ довѣренности и договоръ личнаго найма совмѣстимы въ одномъ и томъ же отношеніи, связывающемъ тѣхъ же лицъ, напр., между землевладѣльцемъ и управляющимъ его имѣніемъ, между хозяиномъ торговаго предпріятія и приказчикомъ. Ихъ совмѣстное существованіе и различіе ихъ характера обнаруживается изъ того, что довѣренность можетъ быть взята назадъ во всякую минуту, т.-е. договоръ довѣренности прекращается одностороннею волею довѣ-

рителя, тогда какъ личный наемъ между тѣми же лицами сохраняетъ свою силу до истеченія договорнаго срока, если только обѣ стороны не выразили своей воли прекратить отношеніе.

Довѣренность и коммиссія объединяются въ общемъ понятіи препорученія, какъ предоставленія одному лицу совершать юридическія сдѣлки въ пользу и за счетъ другого. Но разница между ними состоитъ въ томъ, что довѣренность обязываетъ къ совершенію сдѣлокъ отъ имени другого лица, а въ коммиссіонномъ договорѣ сдѣлки совершаются коммиссіонеромъ отъ своего имени (т. XI, ч. 2, уст. торг. по Прод. 1910, ст. 54[1]).

Въ римскомъ правѣ существовалъ взглядъ, находящій себѣ сторонниковъ до сихъ поръ въ западной юриспруденціи, по которому отличительными признаками довѣренности являются безвозмездность услуги и либеральность профессіи. Но безвозмездность опровергалась и въ Римѣ допущеніемъ гонорара, который слѣдуетъ признать другимъ названіемъ платы за трудъ, а либер альность профессіи съ уничтоженіемъ рабства не имѣетъ ни опре дѣленности, ни юридическаго значенія. Слѣдуя римскому пр аву, нѣкоторыя законодательства до сихъ поръ признаютъ безвозмездность существенною принадлежностью договора довѣренности, такъ что, съ ихъ точки зрѣнія, присоединеніе вознагражденія превращаетъ довѣренность въ иное отношеніе. Таковъ взглядъ германскаго гражданскаго уложенія (§ 662), которое, признавъ, что предметомъ порученія могутъ быть дѣйствія какъ юридическаго, такъ и фактическаго характера, вынуждено держаться признака безвозмездности, какъ единственнаго признака, отличающаго довѣренность отъ личнаго найма. Другія законодательства оставили это воззрѣніе, однако, римскія традиціи обнаруживаются въ положеніи, признающемъ безвозмездность обыкновенною принадлежностью договора довѣренности, а соглашеніе о вознагражденіи — только случайностью въ сдѣлкѣ. Большинство законодательствъ предполагаетъ договоръ довѣренности безвозмезднымъ, если вознагражденіе не было условлено (франц. гражд. код., § 1986, итал. гражд. код., § 1753, австр. гражд. улож., § 1004, швейц. обязат. законъ, § 397). Но и въ такой формѣ взглядъ на довѣренность не можетъ быть принятъ, какъ несогласный съ ежедневнымъ опытомъ, свидѣтельствующимъ, что обыкновенною принадлежностью договора довѣренности слѣдуетъ признавать возмездность, а не безвозмездность, которая можетъ считаться только случайнымъ моментомъ. Поэтому договоръ довѣрен-

ности необходимо предполагать возмезднымъ, если обратное не условлено, или не вытекаетъ изъ всѣхъ условій отношенія. Наше законодательство ни слова не говоритъ о вознагражденіи при довѣренности, и это даетъ намъ возможность примѣнить къ русскому праву положеніе о предполагаемой возмездности, какъ наиболѣе соотвѣтствующее явленіямъ дѣйствительности и другому положенію, въ силу котораго никто не долженъ обогащаться на чужой счетъ безъ достаточнаго юридическаго основанія (ср. т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 39 и т. XVI ч. 1, учр. суд. уст., ст. 395). Наша практика высказалась по этому поводу не съ достаточною ясностью (кас. рѣш. 1881, № 95).

II. Совершеніе договора. Лицами, участвующими въ договорѣ довѣренности, являются довѣритель, обязывающій, и довѣренный, обязанный къ представительству. Довѣрителемъ можетъ быть лицо, которое по состоянію своему можетъ вступать въ договоры и притомъ по дѣламъ, не требующимъ личнаго присутствія (т. X ч. 1 ст. 2293). Въ качествѣ довѣрителя могутъ вступать и юридическія лица (т. X ч. 1 ст. 2291). Практика наша признала, что и принимать довѣренности могутъ юридическія лица (кас. рѣш. 1882, № 152). Довѣренными могутъ быть всѣ тѣ, кому по закону не воспрещено вступать въ договоры (т. X ч. 1 ст. 2294). Законъ, очевидно, сознаетъ необходимость различія въ объемѣ дѣеспособности довѣрителя и довѣреннаго и суживаетъ его для послѣдняго, но недостаточно ясно.

По договору довѣренности, довѣренный можетъ быть уполномоченъ на управленіе вообще всѣми дѣлами довѣрителя, или же на управленіе самостоятельною частью, напр., имѣніемъ, фабрикою, или на совершеніе отдѣльной какой либо сдѣлки или даже и нѣсколькихъ, но точно опредѣленныхъ. Въ первыхъ случаяхъ мы имѣемъ общую довѣренность, въ послѣднемъ—частную. Кромѣ того, тотъ и другой кругъ разрѣшаемыхъ довѣренному сдѣлокъ можетъ соотвѣтствовать объему полномочія, который въ правѣ предполагать третьи лица на основаніи заведеннаго порядка, или же этотъ кругъ можетъ быть уже предполагаемаго. Въ первомъ случаѣ довѣренность будетъ полною, во второмъ — ограниченною (т. XI, ч. 2, уст. торг. ст. 35).

Срокъ, на который можетъ быть выдана довѣренность, зависитъ отъ взаимнаго соглашенія, кромѣ случаевъ, когда срокъ

этотъ опредѣляется закономъ. Такъ, между прочимъ, довѣренность на полученіе жалованья и пенсіи можетъ быть выдаваема срокомъ не болѣе, какъ на одинъ годъ (т. X ч. 1 ст. 2306). Торговая довѣренность, по нашему закону, можетъ быть выдаваема на срокъ не свыше трехъ лѣтъ (т. XI, ч. 2, уст. торг., ст. 41), что́, однако, не касается силы сдѣлокъ, заключенныхъ третьими лицами съ довѣреннымъ за предѣлами срока, знаніе котораго для нихъ не обязательно (кас. рѣш. 1906, № 30).

Нашъ законъ не высказываетъ нигдѣ, что форма договора довѣренности должна быть непремѣнно письменная. Въ законѣ содержится только указаніе на то, что вѣрющія письма совершаются и свидѣтельствуются по правиламъ, изложеннымъ въ положеніи о нотаріальной части (т. X, ч. 1, ст. 2308). Изъ этого практика выводитъ заключеніе, что договоръ долженъ быть совершенъ письменно, и даже доходитъ иногда до требованія нотаріальной формы, подъ угрозою недопущенія свидѣтельскихъ показаній (кас. рѣш. 1882, № 36). Такое безусловное требованіе письменной формы стоитъ въ противорѣчіи съ постановленіемъ закона, что лицо, которому поручено завѣдываніе хозяйствомъ безъ формальной довѣренности, предполагается уполномоченнымъ на заключеніе договоровъ о наймѣ рабочихъ (т. XII, ч. 2, изд. 1906, ст. 6), тѣмъ болѣе, что постановленіе это выражено не въ видѣ исключенія, а въ предвидѣніи возможнаго случая. Не подлежитъ сомнѣнію, и это признано практикою, что соблюденіе формы можетъ имѣть значеніе только для внутреннихъ отношеній между довѣрителемъ и довѣреннымъ, но не для внѣшней стороны, не для лицъ, съ которыми довѣренный вступаетъ въ сдѣлки отъ имени довѣрителя. Для третьихъ лицъ достаточна обстановка, способная вызвать въ нихъ предположеніе о наличности довѣренности. Особенности договора довѣренности, соединеннаго съ представительствомъ, не допускаютъ возможности отрицанія договора ни со стороны довѣрителя, ни довѣреннаго. Какъ можетъ отрицать договоръ довѣренности довѣритель, допустившій извѣстное лицо къ распоряженію въ его имѣніи или на фабрикѣ? Какъ можетъ отрицать договоръ довѣренный, совершившій съ посторонними лицами сдѣлки отъ имени другого? По этимъ соображеніямъ слѣдуетъ признать, что договоръ довѣренности можетъ быть совершенъ и въ словесной формѣ, хотя въ дѣйствительной жизни довѣренности совершаются чаще всего нотаріальнымъ порядкомъ.

III. Обязанности довѣреннаго. Обязанности довѣреннаго сводятся, главнымъ образомъ: къ точному исполненію порученія согласно данному полномочію и къ представленію отчета въ своей дѣятельности.

1. *Исполненіе порученія* составляетъ цѣль договора и вмѣстѣ съ тѣмъ основную обязанность довѣреннаго. Если это было порученіе совершить одну или нѣсколько опредѣленныхъ сдѣлокъ, то заключеніемъ ихъ согласно указаніямъ довѣрителя довѣренный выполняетъ свою обязанность. Если же ему дана была общая довѣренность на управленіе дѣлами довѣрителя, то въ выборѣ сдѣлокъ онъ долженъ сообразоваться съ наибольшею выгодою послѣдняго. Пользуясь предоставленною ему самостоятельностью, довѣренный долженъ изыскивать лучшіе способы обезпеченія интересовъ довѣрителя. Въ этой дѣятельности онъ долженъ руководствоваться даннымъ ему полномочіемъ и не выходить изъ указанныхъ ему границъ (т. X ч. 1 ст. 2326). При отсутствіи договорнаго полномочія, онъ долженъ ограничиться кругомъ сдѣлокъ, обыкновенно допускаемыхъ въ такого рода отношеніяхъ. Во всякомъ случаѣ, нарушеніе границъ даннаго ему полномочія, насколько оно не выходитъ за предѣлы предполагаемаго полномочія, вліяетъ только на отвѣтственность довѣреннаго передъ довѣрителемъ, но не на дѣйствительность заключенныхъ съ третьими лицами сдѣлокъ.

2. Дѣятельность довѣреннаго не подлежитъ постоянному надзору со стороны довѣрителя. Сдѣлки совершаются чаще всего въ его отсутствіе, не на его глазахъ. Поэтому естественно требованіе довѣрителя, чтобы довѣренный открылъ ему свои дѣйствія, а это достигается *представленіемъ отчета*. Въ отчетѣ должны быть указаны совершонныя сдѣлки, полученныя и израсходованныя суммы. Особенно подробныя правила объ отчетѣ довѣренныхъ содержатся въ нашемъ законодательствѣ по поводу торговой довѣренности.

3. Довѣренный обязанъ лично исполнить данное ему порученіе. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ ему принадлежитъ *право передовѣрія*, а именно, когда оно предоставлено ему довѣрителемъ или когда оно необходимо въ виду возможности ущерба для довѣрителя. а) Если право передовѣрія предоставлено было довѣренностью, то довѣренный можетъ передать свои обязанности другому лицу (т. X ч. 1 ст. 2329). Притомъ въ довѣренности можетъ быть указано лицо, которому довѣренный въ правѣ передать свои полномочія, и тогда онъ не отвѣчаетъ за

его дѣятельность. Но если личность эта не была предусмотрѣна, то довѣренный долженъ проявить полное вниманіе и осторожность въ выборѣ такого лица, на довѣренномъ лежитъ отвѣтственность за дѣйствія своего преемника, явно неспособнаго къ порученной ему задачѣ. За исключеніемъ этого послѣдняго случая, довѣренный свободенъ отъ отвѣтственности, потому что лицо, получившее довѣренность отъ довѣреннаго по предоставленному ему на то праву, должно быть разсматриваемо не какъ довѣренный этого довѣреннаго, а какъ довѣренный ихъ общаго довѣрителя (кас. рѣш. 1873, № 1475). Довѣритель можетъ обращаться съ искомъ непосредственно къ преемнику. Отношеніе къ первому довѣренному прекращается или сохраняется, смотря по тому, имѣло ли передовѣріе своею цѣлью полную передачу довѣренности или только временное сложеніе съ себя обязанностей. b) Если право передовѣрія не было указано въ довѣренности, то довѣренный въ правѣ передать свои полномочія только въ случаѣ крайней необходимости, когда упущеніе этого могло бы причинить существенный ущербъ довѣрителю, напр., когда пріѣхавшій на нижегородскую ярмарку довѣренный заболѣлъ и не можетъ вести его дѣло. Онъ отвѣчаетъ передъ довѣрителемъ за выборъ лица (culpa in eligendo). Если же въ довѣренности находится прямое запрещеніе передавать ее другому, то довѣренный отвѣчаетъ не только за выборъ лица, но вообще за всѣ дѣйствія своего преемника, потому что всѣ невыгодныя послѣдствія передовѣрія являются послѣдствіемъ нарушенія съ его стороны договора.

IV. Обязанности довѣрителя. Онѣ сводятся къ вознагражденію довѣреннаго и къ возмѣщенію всѣхъ расходовъ, понесенныхъ имъ при исполненіи порученія. Принятіе на себя обязательствъ по сдѣлкамъ, заключеннымъ со стороны довѣреннаго, не составляетъ обязанности, а является законнымъ послѣдствіемъ представительства и потому не зависитъ отъ его воли. Общепринятое и указанное нашимъ закономъ упоминаніе о томъ, что довѣритель вѣритъ и спорить и прекословить всему сдѣланному довѣреннымъ не будетъ (т. X ч. I ст. 2307), представляется совершенно излишнимъ.

1. Если въ настоящее время *вознагражденіе* слѣдуетъ считать обыкновенною составною частью договора довѣренности, то довѣритель обязанъ уплатить довѣренному вознагражденіе въ томъ размѣрѣ, какой былъ опредѣленъ соглашеніемъ, а за отсутствіемъ особыхъ по этому предмету условій—по таксѣ

(напр., для присяжныхъ повѣренныхъ), наконецъ при отсутствіи соглашенія и законнаго опредѣленія,—въ размѣрѣ, соотвѣтствующемъ платѣ, принятой въ данномъ кругѣ отношеній. На величину вознагражденія не имѣетъ никакого вліянія успѣхъ или неудача при выполненіи данныхъ довѣренному порученій.

2. Довѣритель обязывается къ *возвращенію расходовъ*, понесенныхъ довѣреннымъ при исполненіи порученія, если онъ употребилъ на то свои деньги, напр., при поѣздкѣ, при угощеніи контрагента, довольно распространенномъ въ торговомъ быту. Расходы должны быть цѣлесообразные и соотвѣтствовать положенію довѣреннаго и состоянію довѣрителя. Управляющій громаднымъ заводомъ можетъ позволить себѣ поѣздку въ первомъ классѣ, тогда какъ иной приказчикъ по покупкѣ хлѣба допуститъ роскошь, если поѣдетъ во второмъ.

V. Прекращеніе договора довѣренности. Законъ нашъ указываетъ слѣдующія причины прекращенія договора довѣренности (т. X ч. 1 ст. 2330).

1. Дѣйствіе довѣренности прекращается окончательнымъ *исполненіемъ* порученія, возложеннаго на довѣреннаго. Въ этомъ случаѣ предполагается, что довѣренность дана была на одну или нѣсколько опредѣленныхъ сдѣлокъ.

2. Если довѣренность была выдана на срокъ, то *истеченіе срока* договора также прекращаетъ право и обязанность представительства. Однако, для третьихъ лицъ, знавшихъ существованіе отношенія по довѣренности и не знавшихъ о срочности договора, наступленіе срока не имѣетъ значенія, если довѣритель не довелъ о томъ до общаго свѣдѣнія. Довѣритель продолжаетъ отвѣчать по сдѣлкамъ, совершоннымъ довѣреннымъ по окончаніи срока довѣренности, но всѣ понесенные имъ отъ того убытки онъ можетъ переложить на довѣреннаго. Тѣмъ менѣе можетъ возникнуть сомнѣніе относительно силы заключенныхъ довѣреннымъ сдѣлокъ, срокъ исполненія по которымъ наступаетъ по окончаніи срока довѣренности (кас. рѣш. 1875, № 646).

3. Довѣренность прекращается *уничтоженіемъ довѣренности* со стороны довѣрителя, т.-е. одностороннею его волею. Это право принадлежитъ ему несомнѣнно во всякое время, и никакое условіе не можетъ лишить его этой возможности. Однако, одностороннее прекращеніе останавливаетъ дѣятельность довѣреннаго, лишаетъ его права совершать сдѣлки, но не освобождаетъ довѣрителя отъ исполненія лежащихъ на немъ обязан-

ностей, т.-е. вознагражденія довѣреннаго и возмѣщенія расходовъ. Сдѣлки, заключенныя довѣреннымъ, и иныя его дѣйствія, совершонныя для исполненія порученія до извѣщенія довѣрителемъ третьихъ лицъ о прекращеніи довѣренности, сохраняя полную юридическую силу по отношенію къ третьимъ лицамъ, лежатъ исключительно на отвѣтственности довѣрителя (т. X ч. 1 ст. 2334).

4. Дѣйствіе довѣренности прекращается также *заявленіемъ довѣреннаго* о желаніи сложить съ себя принятую имъ обязанность, т.-е. одностороннею его волею. Такое заявленіе должно быть настолько своевременнымъ, чтобы довѣритель могъ обезпечить себя другимъ довѣреннымъ и предупредить возможность ущерба отъ отсутствія въ извѣстное время довѣреннаго лица въ извѣстномъ мѣстѣ. Неожиданный отказъ продолжать порученіе довѣрителя создаетъ для довѣреннаго обязанность возмѣстить весь причиненный вредъ. Заблаговременность отказа обнаруживается изъ закона, который обязываетъ довѣреннаго увѣдомить довѣрителя не о сложеніи съ себя, а о намѣреніи сложить съ себя принятую по довѣренности обязанность (т. X ч. 1 ст. 2333).

5. Договоръ довѣренности отнесенъ нашимъ законодательствомъ къ обязательствамъ личнымъ въ особенности. Дѣйствительно, такой характеръ его вытекаетъ изъ существа отношенія, основаннаго на взаимномъ довѣріи, на предположеніи честности и способности въ контрагентѣ. Поэтому *смерть довѣрителя или довѣреннаго* вліяетъ разрушающимъ образомъ на силу договора. Исключеніе допущено нашимъ законодательствомъ для торговой довѣренности, въ виду того, что довѣренный связанъ какъ бы съ торговымъ предпріятіемъ, а не съ хозяиномъ его (т. X ч. 1 ст. 1238, прил. ст. 19). Къ смерти нашъ законъ приравниваетъ и другія обстоятельства: лишеніе всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, или же признаніе одного изъ нихъ безумнымъ, сумасшедшимъ, несостоятельнымъ или пропавшимъ безъ вѣсти, хотя нѣкоторыя изъ этихъ обстоятельствъ, какъ, напр., несостоятельность довѣреннаго, не должны бы имѣть вліянія на силу договора.

6. Приведенныя основанія прекращенія довѣренности предусмотрѣны нашимъ законодательствомъ. Возможны, однако, случаи, не подходящіе подъ тѣ, которыя перечисляются закономъ. Такъ, *устраненіе цѣли* договора довѣренности способно при-

вести къ тѣмъ же послѣдствіямъ. Довѣренность данную управляющему имѣніемъ, нужно считать прекратившеюся, когда имѣніе продается съ публичнаго торга за долги довѣрителя; прекращается довѣренность приказчику, когда закрывается торговля; теряетъ силу довѣренность на управленіе домомъ, если домъ сгораетъ.

№ 55.

Поклажа.

Литература: Марковъ, *Замѣтки о вопросахъ, возникающихъ изъ договора объ отдачѣ на сохраненіе* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“) 1875, №№ 3 и 5; 1876, №№ 5 и 6; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 457—468; Никоновъ, *Секвестрація въ гражданскомъ правѣ*, 1900.

I. Понятіе о поклажѣ. Подъ именемъ поклажи понимается *договоръ, въ силу котораго одно лицо обязывается къ сохраненію движимой вещи, отданной ему для этой цѣли другимъ*. Разсматривая характерные признаки, находимъ слѣдующее.

а. *Сохраненіе вещи*, какъ цѣль договора, составляетъ существенный признакъ договора поклажи, которая оттого нерѣдко носитъ названіе по этому признаку, такъ, напр., наше законодательство употребляетъ безразлично выраженія: поклажа и отдача на сохраненіе. Храненіе вещи представляетъ особаго рода услугу, личное дѣйствіе, и съ этой стороны поклажа приближается къ личному найму. Изъ этого признака вытекаютъ уже сами собою другія характерныя черты этого договора. 1) Сохраненіе вещей связано съ помѣщеніемъ ихъ въ такомъ мѣстѣ, въ которомъ онѣ были бы безопасны отъ внѣшнихъ вліяній и присвоенія другими лицами. Поэтому взявшій на сохраненіе обязанъ озаботиться нахожденіемъ для отданныхъ ему вещей удобнаго помѣщенія у себя или у другихъ. Съ этой стороны поклажа приближается къ имущественному найму. 2) Понятіе о сохраненіи исключаетъ возможность пользованія вещью, какъ это имѣетъ мѣсто при имущественномъ наймѣ и ссудѣ, гдѣ пользованіе чужою вещью соединяется съ сохраненіемъ ея неприкосновенности. Возможно, конечно, что, отдавая вещь на сохраненіе, безъ вознагражденія, и желая заинтересовать хранителя въ выполненіи услуги, собственникъ предоставитъ ему пользованіе ею, напр., въ случаѣ, когда онъ ставитъ у пріятеля въ квартирѣ свое піанино. Но мы должны

признать, что такимъ опредѣленіемъ условій поклажа превращается въ ссуду. 3) Отдача вещи для сохраненія предполагаетъ необходимость возвращенія ея. Вещь не переходитъ въ собственность лица, принявшаго ее, и даже во владѣніе, а только въ держаніе, хотя, съ точки зрѣнія германскаго права это будетъ производное владѣніе. Поэтому отдавшій вещь имѣетъ право потребовать вещь обратно и, такъ какъ сохраненіе производится исключительно въ его интересѣ, то послѣдній можетъ предъявить это требованіе всегда, хотя бы договоръ заключенъ былъ на срокъ. Очевидно, что возвращена должна быть та же самая вещь, которая была отдана, а не подобная же вещь. 4) Договоръ имѣетъ своею главною и непосредственною цѣлью сохраненіе вещей, и въ этомъ состоитъ отличіе поклажи отъ тѣхъ юридическихъ отношеній, гдѣ храненіе является только слѣдствіемъ содержанія обязательства, какъ, напр., залога движимостей, перевозки груза.

b. Отдаваемы на сохраненіе могутъ быть только *движимыя вещи*. Права не нуждаются въ сохраненіи, за отсутствіемъ физической оболочки, но если они связаны съ внѣшнею формою, выражены въ документѣ, то послѣдній, какъ вещь, можетъ быть отданъ на сохраненіе. Недвижимости не могутъ быть отданы на сохраненіе не потому, какъ утверждаютъ нѣкоторые, что не нуждаются въ томъ, такъ какъ это, очевидно, невѣрно по отношенію, напр., къ домамъ, а потому, что этому противится природа договора поклажи. Поклажа представляетъ собою сложный договоръ, въ которомъ сплетаются элементы личнаго и имущественнаго найма. Въ отношеніи недвижимостей предоставленіе помѣщеній является излишнимъ и сохраненіе ихъ ограничивается только личнымъ наблюденіемъ за ними, другими словами, храненіе недвижимостей создаетъ только личный наемъ, а не поклажу. Это взглядъ всѣхъ законодательствъ, кромѣ австрійскаго (австр. гражд. улож. § 960). По нашему закону, въ поклажу могутъ быть отдаваемы вещи, деньги и акты (т. X ч. 1 ст. 2100). Практика наша еще болѣе суживаетъ кругъ вещей, отдаваемыхъ на сохраненіе, исключая изъ него одушевленные предметы, какъ, напр., скотъ, пчелы (кас. рѣш. 1873, № 1377; 1875, № 982). Однако, для такого исключенія нѣтъ никакихъ основаній ни въ существѣ договора поклажи, ни въ постановленіяхъ нашего законодательства, такъ какъ собака, лошадь, корова представляютъ собою такія же вещи, съ юридической точки зрѣнія, какъ и мебель, одежда. Изъ существа и цѣли

поклажи слѣдуетъ, что предметомъ, отдаваемымъ на сохраненіе, можетъ быть только вещь, опредѣленная индивидуальными признаками, что ни тлѣнныя, ни замѣнимыя вещи, если только имъ не придано свойство незамѣнимыхъ, не составляютъ предмета, пригоднаго для поклажи (кас. рѣш. 1893, № 95).

с. По взгляду римскаго права, *безвозмездность* составляетъ существенный признакъ поклажи, такъ что установленіе вознагражденія за храненіе превращаетъ этотъ договоръ въ другой. Вѣрны римской точкѣ зрѣнія и многія современныя законодательства, которыя также признаютъ, что безвозмездность относится къ существу договора поклажи. Сюда относится французскій кодексъ (§ 1917). Напротивъ, другія законодательства относятъ безвозмездность только къ обыкновеннымъ принадлежностямъ и допускаютъ вознагражденіе по соглашенію; къ этой группѣ относятся законодательства австрійское (§ 969) и швейцарское (§ 472). Наконецъ, германское уложеніе устанавливаетъ даже предположеніе возмездности поклажи (§ 689). Несомнѣнно, что эта послѣдняя точка зрѣнія представляется наиболѣе правильною. Конечно, поклажа развилась изъ чисто нравственныхъ отношеній, на почвѣ дружбы, и дѣйствительно такою она является въ первоначальныхъ памятникахъ исторіи русскаго права— «занеже ему благо дѣялъ и хранилъ» (Р. Пр. Карамз. спис., ст. 46). Но въ настоящее время поклажа создала рядъ сдѣлокъ на торговой почвѣ, гдѣ безвозмездность не имѣетъ мѣста и, несмотря на то, поклажа не потеряла своего прежняго юридическаго облика. Наше законодательство не исключаетъ возможности вознагражденія за храненіе, хотя и не предполагаетъ его безъ наличности соглашенія (т. X ч. 1 ст. 2107). Соотвѣтственно тому, установлено или нѣтъ вознагражденіе, договоръ поклажи будетъ двустороннимъ или одностороннимъ.

II. Совершеніе договора. Лица, заключающія договоръ поклажи, называются: покладчикъ, т.-е. лицо, отдавшее вещь на сохраненіе, и пріемщикъ, т.-е. лицо, принявшее вещь на сохраненіе. Покладчикомъ не долженъ быть непремѣнно самъ собственникъ—поклажа можетъ быть совершена по довѣренности (т. X ч. 1 ст. 2100). Хотя нашъ законъ предполагаетъ возможность отдать на сохраненіе только собственныя вещи, однако, нѣтъ никакихъ препятствій къ передачѣ чужихъ вещей и безъ довѣренности. Напр., у меня находятся чьи-либо вещи, которыя стѣсняютъ меня въ желаніи перемѣнить квартиру. Если эти вещи будутъ отданы кому-нибудь на сохраненіе, то

это лицо будетъ обязано возвратить ихъ по требованію отдавшаго ему вещи (по договору) или собственника (по виндикаціи), т.-е. его обязанности будутъ тѣ же, какъ и всякаго другого пріемщика.

Для отдачи и принятія на сохраненіе необходима наличность общей гражданской дѣеспособности. Принимать на сохраненіе не могутъ лица, которыя по закону не имѣютъ права вообще обязываться договорами и, сверхъ того, монашествующіе, монастыри и ихъ настоятели (т. X ч. 1 ст. 2101). Принятіе вещи на сохраненіе со стороны лица недѣеспособнаго поражаетъ сдѣлку недѣйствительностью и покладчикъ не можетъ требовать возвращенія вещи (т. X ч. 1 ст. 2102), хотя бы она была въ составѣ имущества пріемщика. Это правило нельзя не признать слишкомъ суровымъ и несогласнымъ съ представленіемъ о недопустимости обогащенія на чужой счетъ безъ достаточнаго основанія. Только въ томъ случаѣ не наступаютъ такія рѣшительныя послѣдствія, если покладчикъ докажетъ, что ему при совершеніи договора неизвѣстны были обстоятельства, по которымъ взявшій вещи не могъ принимать ихъ. Это исключеніе опять-таки представляется недостаточно обоснованнымъ, такъ какъ причина недѣйствительности скрывается въ интересѣ недѣеспособнаго, а не его контрагента. При обратномъ положеніи, когда лицомъ недѣеспособнымъ оказывается покладчикъ, онъ не лишается права требовать отъ дѣеспособнаго пріемщика возвращенія отданныхъ на сохраненіе вещей (т. X ч. 1 ст. 2102).

Договоръ поклажи относится къ числу такихъ, для совершенія которыхъ недостаточно одного соглашенія сторонъ, но необходима еще и передача вещи. Какъ и заемъ, поклажа пріобрѣтаетъ юридическую силу только со времени врученія вещей пріемщику. До этого момента нѣтъ еще договора поклажи, потому что изъ одного соглашенія не могутъ возникнуть тѣ обязанности пріемщика, сохраненіе, возвращеніе, которыя характерны для этого договора.

Передача вполнѣ достаточна для дѣйствительности договора, но для доказательной силы сдѣлки необходима еще *письменная форма*. Вопросъ о формѣ поклажи по русскому законодательству возбуждаетъ не мало сомнѣній. Дѣло въ томъ, что по закону договоръ объ отдачѣ и пріемѣ на сохраненіе совершается или черезъ письменный актъ, или просто передачею поклажи, съ роспискою въ томъ или и безъ росписки (т. X

ч. 1 ст. 2104), слѣдовательно, допускается какъ письменная, такъ и словесная форма. Но приведенная статья имѣетъ общее значеніе, охватываетъ какъ тѣ случаи, когда требуется письменная форма, такъ и тѣ случаи, когда допускается словесная. Изъ сопоставленія съ другими статьями обнаруживается, что письменная форма представляетъ общее правило и, не составляя существенной принадлежности сдѣлки, является необходимымъ доказательствомъ въ случаѣ отрицанія со стороны пріемщика факта принятія вещей на сохраненіе (т. X ч. 1 ст. 2111). Актъ, удостовѣряющій договоръ поклажи, называется *сохранною росписко*ю. Законъ требуетъ, чтобы она была вся отъ начала до конца написана рукою пріемщика, однако, это правило не согласуется съ новыми процессуальными постановленіями и потому одна подпись совершенно достаточна для доказательной силы документа. Въ видѣ исключенія допускается словесная форма: a) для необходимой поклажи, b) при отдачѣ воинскими чинами вещей своихъ, по случаю внезапнаго скораго отправленія въ походъ или въ откомандировку, на сохраненіе хозяевамъ, у которыхъ они стояли на квартирѣ, c) для поклажъ, составляющихъ торговую сдѣлку (т. X ч. 1 ст. 2112).

Необходимость письменной формы, какъ единственнаго доказательства, и устраненіе свидѣтелей представляются особенно суровыми въ отношеніи такого договора, какъ поклажа, который нерѣдко основывается на началахъ дружбы и близкаго знакомства. Эта суровость со стороны законодателя объясняется опасеніемъ, чтобы подъ видомъ поклажи не скрывался заемъ. Возможность подобной симуляціи, въ свою очередь, обусловливается различными причинами. Въ прежнее время не послѣднюю роль игралъ общественный предразсудокъ, не допускавшій дворянина до унизительнаго займа у разночинца или крестьянина. Иногда здѣсь замѣшано мелочное желаніе избѣжать платежа налога, такъ какъ поклажа совершается на простой бумагѣ, а заемъ на вексельной бумагѣ. Наконецъ, къ притворности побуждаетъ и прямое преимущество правъ покладчика сравнительно съ правами заимодавца: по заемному письму или векселю кредиторъ удовлетворяется по соразмѣрности съ другими, а вещи, отданныя на сохраненіе, оставаясь собственностью покладчика, не входятъ въ конкурсную массу (т. X ч. 1 ст. 2119). Въ виду послѣдняго обстоятельства нашъ законъ, хотя и дозволяетъ отдавать деньги въ поклажу, но, для

предупрежденія скрытаго займа, стремится установить незамѣнимость ихъ точнымъ обозначеніемъ въ документѣ рода монеты, года ея чеканки, номеровъ государственныхъ кредитныхъ билетовъ и иныхъ денежныхъ бумагъ (т. X ч. 1 ст. 2111).

III. Обязанности пріемщика. Обязанности принявшаго вещь по договору поклажи сводятся главнымъ образомъ къ двумъ—храненію и возвращенію.

1. *Обязанность сохранять* вещь предполагаетъ принятіе по отношенію къ ней всѣхъ мѣръ, необходимыхъ для предотвращенія возможности гибели ея или поврежденія. Отсюда вытекаетъ необходимость для пріемщика прилагать извѣстную заботливость къ ввѣренной вещи. Степень вниманія, требуемая закономъ отъ пріемщика, опредѣляется тѣмъ стараніемъ, какое онъ прилагаетъ къ собственному своему имуществу (т. X ч. 1 ст. 2105), хотя бы она была ниже мѣры, прилагаемой каждымъ благоразумнымъ хозяиномъ. Такая степень вниманія можетъ быть признана достаточною въ обыкновенномъ, предполагаемомъ со стороны закона, случаѣ безвозмездной поклажи. Если же пріемщикъ принимаетъ вещи на сохраненіе за вознагражденіе, то онъ уже не въ правѣ оправдываться тѣмъ соображеніемъ, что онъ также небреженъ и въ собственныхъ дѣлахъ. Отъ него можно требовать вниманія къ принятой вещи, какого онъ самъ въ правѣ былъ бы ожидать отъ всякаго другого, какое общепринято въ подобнаго рода дѣлахъ. Само собою разумѣется, что пріемщикъ не отвѣчаетъ за гибель или поврежденіе, происшедшія случайно, отъ чрезвычайнаго событія. Законъ идетъ далѣе и признаетъ, что каждому собственныя вещи дороже чужихъ, а потому слагаетъ съ пріемщика отвѣтственность даже въ томъ случаѣ, когда онъ могъ спасти ввѣренныя ему вещи, но не иначе, какъ съ значительною притомъ потерею изъ собственнаго своего имущества (т. X ч. 1 ст. 2105). Изъ той же обязанности храненія вытекаетъ недопустимость пользованія отдаваемыми на сохраненіе вещами (т. X ч. 1 ст. 2107). Но нарушеніе этой обязанности не влечетъ за собою никакихъ послѣдствій, если покладчикъ не въ состояніи доказать, что при этомъ пострадали его интересы, напр., въ случаѣ, когда пріемщикъ читалъ отданныя ему на сохраненіе книги. Такъ какъ пріемщикъ обязанъ только хранить ввѣренную ему вещь, то для него должно быть безразлично содержаніе отданнаго ему подъ замкомъ или печатью сундука или пакета (т. X ч. 1 ст. 2107). Въ случаѣ вскрытія оболочки, на пріемщика пере-

ходитъ тяжелая обязанность объяснить отсутствіе тѣхъ вещей, существованіе которыхъ утверждаетъ покладчикъ.

2. Съ принятіемъ вещи на сохраненіе соединяется *обязанность возвратить* ее. Возвращена должна быть непремѣнно та же самая вещь, а не подобная только. Она должна быть выдана въ такомъ состояніи, въ какомъ она находится въ моментъ предъявленнаго требованія, предполагая, что она не потерпѣла ухудшеній со времени отдачи ея по винѣ пріемщика. Если вещь повредилась вслѣдствіе естественныхъ ея свойствъ, или отъ случайныхъ причинъ, то убытокъ падаетъ на покладчика. Если же поврежденіе произошло отъ невниманія пріемщика, то онъ не освобождается отъ отвѣтственности, напр., когда моль съѣла отданную скорняку шубу. Съ другой стороны, вмѣстѣ съ вещью должны быть выданы всѣ приращенія, плоды, создавшіеся послѣ отдачи на сохраненіе. Если наслѣдникъ принявшаго чью-либо вещь на сохраненіе, по невѣдѣнію о томъ, продастъ или употребитъ ее на свои надобности, то онъ обязанъ возвратить полученныя имъ за вещь деньги или заплатить за употребленные имъ для собственной пользы чужія вещи по оцѣнкѣ (т. X ч. 1 ст. 2109). Въ приведенной статьѣ законъ не исключаетъ иска о правѣ собственности, а предусматриваетъ тотъ случай, когда покладчикъ предпочтетъ обратиться къ пріемщику съ искомъ о вознагражденіи.

Вещь должна быть возвращена тому именно лицу, которое отдало ее пріемщику на сохраненіе, или тому, отъ имени котораго она была отдана, или же лицу, уполномоченному по договору получить вещь (т. X ч. 1 ст. 2108). Пріемщикъ не обязанъ и не въ правѣ требовать доказательствъ, удостовѣряющихъ право собственности на вещь. Однако, когда пріемщикъ узнаетъ самъ или будетъ увѣдомленъ, что вещь, имъ принятая, украдена или инымъ противозаконнымъ способомъ добыта, то онъ долженъ воздержаться отъ отдачи вещи и обязанъ сообщить ближайшей власти.

Возвращеніе должно послѣдовать по первому требованію покладчика, хотя бы въ договорѣ установленъ былъ срокъ, потому что онъ назначенъ исключительно въ интересѣ покладчика. Не возвратившій поклажи по первому требованію обязанъ сверхъ возвращенія самой вещи, отданной ему на сохраненіе, заплатить за всѣ понесенные истцомъ, вслѣдствіе задержанія вещей, убытки, въ томъ числѣ и узаконенные 6% съ находившихся у него на сохраненіи денегъ (т. X ч. 1 ст.

2115). Кромѣ того, послѣдствіемъ отказа возвратить является отвѣтственность пріемщика даже за случайныя поврежденія и гибель, если они наступили послѣ этого момента (т. X ч. 1 ст. 2105). Такъ, напр., были отданы на сохраненіе мѣшки съ солью и по требованію покладчика не были своевременно возвращены; случившееся послѣ того наводненіе испортило соль: этотъ случай не слагаетъ отвѣтственности съ пріемщика (кас. рѣш. 1890, № 71).

IV. Обязанности покладчика. 1) Если договоръ односторонній, т.-е. безвозмездный, то на покладчикѣ лежитъ обязанность *возмѣстить ущербъ*, причиненный пріемщику храненіемъ чужихъ вещей, напр., расходы по перевозкѣ при перемѣнѣ помѣщенія, издержки на содержаніе животныхъ и т. п. 2) Если договоръ двусторонній, т.-е. условлено было *вознагражденіе*, то покладчикъ обязанъ уплатить его пріемщику. Однако, послѣдній не въ правѣ задерживать вещи подъ предлогомъ неплатежа ему условленнаго вознагражденія, потому что требованіе возвращенія основывается не только на обязательственномъ правѣ, но, можетъ быть, и на вещномъ правѣ покладчика. Подобное задержаніе влечетъ за собою всѣ послѣдствія, соединенныя съ отказомъ возвращенія.

V. Вліяніе смерти контрагентовъ на договоръ поклажи. Договоръ поклажи, какъ чисто имущественный, мало связанный съ личностью обоихъ контрагентовъ, переходитъ во всемъ своемъ составѣ на наслѣдниковъ. Отношеніе между наслѣдникомъ и другимъ контрагентомъ должно бы оставаться такимъ же, какимъ оно было у него съ наслѣдодателемъ. Однако, нашъ законъ вводитъ особаго рода льготы для наслѣдниковъ. Такъ какъ право собственности на вещь, отданную на сохраненіе пріемщику, остается за покладчикомъ и пріемщикъ не владѣетъ, а только держитъ чужую вещь, то право требовать возвращенія не подлежитъ дѣйствію давности (т. X ч. 1 ст. 2113). Но для наслѣдниковъ законъ нашъ устанавливаетъ особыя положенія, устраняющія дѣйствіе этого правила, и создаетъ ничѣмъ не оправдываемое исключеніе.

1. Въ случаѣ смерти пріемщика наслѣдники обязаны, до (?) вступленія ихъ въ права по имѣнію, имъ оставленному, сдѣлать, въ теченіе 6-мѣсячнаго срока со дня открытія наслѣдства, вызовъ тѣхъ, которые имѣютъ у себя сохранныя росписки отъ умершаго. Вызываемые для предъявленія сохран-

ныхъ росписокъ обязаны, въ теченіе 6 мѣсяцевъ со дня послѣдняго пропечатанія вызововъ въ публичныхъ вѣдомостяхъ, предъявить ихъ, безъ чего они лишаются права взысканія по нимъ; въ случаѣ же благовременнаго предъявленія своихъ росписокъ, лица эти пользуются впослѣдствіи правомъ иска во все продолженіе 10-лѣтней давности. Такимъ образомъ, наслѣдники пріемщика обязываются возвратить поклажу только тогда, если a) покладчикъ своевременно отозвался на вызовъ и предъявилъ росписку, а также b) если наслѣдники упустили сдѣлать вызовъ (т. X ч. 1 ст. 2113 пп. 2 и 3). Такъ какъ подобныхъ публикацій никто не читаетъ, то наслѣдники намѣренно могутъ воспользоваться предоставленнымъ средствомъ и присвоить себѣ на законномъ основаніи чужія вещи. Вещь отдается на сохраненіе обыкновенно въ виду предполагаемаго продолжительнаго отсутствія, и потому установленный закономъ срокъ является до невозможности краткимъ. Представимъ себѣ, что кто-нибудь уѣхалъ на годъ за-границу, оставивъ свои драгоцѣнности у лучшаго друга; вскорѣ послѣ отъѣзда неожиданная смерть пріемщика даетъ его наслѣднику право сдѣлать немедленный вызовъ, который, конечно, не достигнетъ покладчика; по возвращеніи черезъ годъ послѣдній окажется лишеннымъ всѣхъ своихъ вещей, которыя онъ ввѣрилъ своему другу и которыми, на его же глазахъ, будетъ пользоваться наслѣдникъ. Подобное положеніе нельзя не признать и несправедливымъ и несоотвѣтствующимъ правовому порядку.

2. Въ случаѣ смерти покладчика наслѣдники его обязаны, также въ теченіе 6 мѣсяцевъ со дня открытія наслѣдства, вызвать, черезъ публичныя вѣдомости, лицо, принявшее вещь на храненіе (т. X ч. 1 ст. 2113 п. 4). Наслѣдники, не учинившіе подобнаго вызова въ теченіе этого срока, лишаются права требовать возвращенія вещи. Если же они своевременно сдѣлали публикацію, то право ихъ прекращается только 10-лѣтней давностью, которая въ сущности здѣсь не должна бы имѣть примѣненія, потому что нѣтъ лица, пріобрѣтающаго вещь по давностному владѣнію. Такъ какъ указанный порядокъ вызова имѣетъ своею цѣлью сократить отвѣтственность пріемщика, то наслѣдники покладчика не могутъ объяснять упущенія вызова даже неизвѣстностью имъ лица пріемщика.

VI. Вліяніе несостоятельности на договоръ поклажи. Вещь, отданная на сохраненіе продолжаетъ оста-

ваться собственностью покладчика. Отсюда слѣдуетъ, что, въ случаѣ несостоятельности пріемщика, находящіяся у него на сохраненіи вещи не поступаютъ въ конкурсную массу и могутъ быть вытребованы покладчикомъ (т. X ч. 1 ст. 2119). Въ случаѣ несостоятельности покладчика, отданныя имъ на сохраненіе вещи входятъ въ составъ конкурсной массы. Законъ не только даетъ право конкурсному управленію вытребовать вещи отъ пріемщика, но еще возлагаетъ на послѣдняго обязанность самому заявить о находящихся у него вещахъ, въ установленные публикаціею сроки, для предъявленія претензій. Если пріемщикъ пропуститъ этотъ срокъ не по небрежности, а по какимъ-либо неопреодолимымъ препятствіямъ, но все же успѣетъ заявить о томъ во время продолжающагося конкурса, то отъ него принимаются вещи безъ дальнѣйшихъ послѣдствій (т. X ч. 1 ст. 2123). Если же пріемщикъ не заявилъ о находящихся у него на сохраненіи вещахъ въ теченіе всего конкурснаго производства, то, сверхъ отобранія отъ него вещей, онъ подвергается штрафу въ размѣрѣ 20% съ цѣны вещей или суммы денегъ, бывшихъ у него на сохраненіи. Въ стремленіи оградить интересы кредиторовъ законъ доходитъ до явной несправедливости къ пріемщику, ничего не знавшему о несостоятельности своего покладчика.

VII. Особые виды поклажи. Кромѣ указанныхъ общихъ постановленій о договорѣ поклажи, существуютъ спеціальныя правила, необходимость которыхъ объясняется особенностью сдѣлокъ.

1. *Необходимая поклажа* или, какъ ее называли римляне,— несчастная (depositum miserabile), вызывается чрезвычайными обстоятельствами, пожаромъ, наводненіемъ, кораблекрушеніемъ и тому подобными случаями, когда не можетъ быть и рѣчи о выборѣ контрагента, а вещи отдаются первому попавшемуся навстрѣчу. Конечно, договоръ существуетъ и здѣсь, но особенность положенія требуетъ и особыхъ правилъ. Прежде всего можно было бы ожидать, что отсутствіе дѣеспособности у пріемщика не будетъ имѣть вліянія на отношеніе. Но законъ нашъ не дѣлаетъ въ этомъ случаѣ отступленія отъ общихъ правилъ. Исключеніе, допускаемое нашимъ закономъ, состоитъ въ формѣ договора, которая не требуетъ письма, такъ что договоръ можетъ быть доказываемъ свидѣтелями (т. X ч. 1 ст. 2112 п. 1).

2. Западныя законодательства считаютъ особымъ видомъ

поклажу въ гостиницахъ. Предполагается, что содержатели послѣднихъ обязываются особымъ вниманіемъ къ вещамъ останавливающихся у нихъ путешественниковъ. Содержатели гостиницъ отвѣчаютъ передъ занявшими у нихъ помѣщеніе за похищеніе, поврежденіе и уничтоженіе вещей, внесенныхъ въ гостиницу этими лицами, если не докажутъ, что вредъ произошелъ по винѣ самого хозяина вещи или бывшихъ у него посѣтителей, отъ свойствъ вещи, или отъ непреодолимой силы (герм. гражд. улож. § 701, швейц. обяз. законъ § 487, франц. гражд. код. § 1954). Наше законодательство не знаетъ этого вида поклажи, такъ что содержатель гостиницы по русскому праву отвѣчаетъ за внесенные въ нее вещи на общихъ началахъ объ отвѣтственности за причиненный другому вредъ (т. X ч. 1 ст. 684). Правда, въ особой статьѣ, законъ постановляетъ, что лица, останавливающіяся въ трактирныхъ заведеніяхъ, могутъ, по обоюдному соглашенію съ хозяиномъ, отдавать ему на сохраненіе денежныя суммы или вещи свои съ роспис憂, запечатанными или незапечатанными, по счету денегъ и по оцѣнкѣ вещей. Въ первомъ случаѣ содержатель отвѣтствуетъ лишь за цѣлость пакетовъ и печатей, а въ послѣднемъ за количество суммы и за цѣлость вещей (т. X ч. 1 ст. 2124). Но, едва ли можно сдѣлать обобщеніе и подвести гостинницы подъ трактирныя заведенія, а съ другой и отвѣтственность, установленная для послѣднихъ, не представляетъ ничего особеннаго, сколько-нибудь напоминающаго отвѣтственность, какая установлена на Западѣ для гостинницъ.

3. Подъ именемъ *секвестра* понимается поклажа, совершаемая частными лицами или судебною властью, въ виду опасенія, чтобы одна изъ сторонъ не присвоила и не продала вещь, составляющую предметъ спора. Отсюда видно, что секвестръ можетъ быть: a) договорный (т. X ч. 1 ст. 1394) или b) судебный (уст. гражд. суд. стт. 1009—1020). Договорный секвестръ представляетъ собою соглашеніе тяжущихся между собою, въ силу котораго они отдаютъ спорную вещь третьему лицу, обязывающемуся выдать ее тому, кому присудитъ судъ. Слѣдовательно третье лицо обязывается къ храненію вещи и къ возвращенію ея въ зависимости отъ судебнаго рѣшенія. Оно въ правѣ выдать ее только тому лицу, чье право будетъ признано судомъ, и выдача вещи кому-нибудь другому обязываетъ его возмѣстить весь вредъ, причиненный тому, за кѣмъ признано право. Если секвестръ установленъ соглашеніемъ, то въ силу

новаго взаимнаго соглашенія тяжущіеся могутъ взять вещь обратно. Принявшій вещь на храненіе можетъ и обязанъ возвратить вещь до судебнаго рѣшенія, если обѣ стороны совмѣстно заявляютъ требованіе. Послѣднее положеніе не относится, конечно, къ судебному секвестру.

4. Нѣкоторыя особенности представляетъ *поклажа въ товарныхъ складахъ*, когда отдаваемыя вещи подлежатъ обезличенію, т.-е. смѣшенію съ другими однородными (уст. торг. стт. 812—819). Договоръ совершается въ формѣ складочнаго свидѣтельства, хотя по закону 17 іюня 1910 года принятіе товара на храненіе въ складочное помѣщеніе можетъ быть удостовѣрено и квитанціей (уст. торг. по Прод. 1910, ст. 767, прим. прил. ст. 1). Главная особенность этого вида поклажи состоитъ въ томъ, что товарный складъ обязывается возвратить не ту же самую вещь, а только однородную, такого же качества и въ томъ же количествѣ, не тотъ самый товаръ, который былъ принятъ имъ на храненіе, а товаръ того же сорта (ст. 816). Этотъ случай напоминаетъ нѣсколько depositum irregulare, съ тѣмъ только различіемъ, что пріемъ замѣнимыхъ вещей не обнаруживаетъ займа, потому что покладчикъ—не кредиторъ товарнаго склада. Ему принадлежитъ не обязательственное право, а право собственности. Дѣло въ томъ, что между вещами, отдаваемыми со стороны нѣсколькихъ лицъ товарному складу, образуется смѣшеніе, которое служитъ новымъ основаніемъ права собственности для нихъ.

§ 56.

Товарищество.

Литература: Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 512—565; Квачевскій, *О товариществахъ вообще и акціонерныхъ обществахъ въ особенности* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1880, №№ 4, 5 и 6); Гордонъ, *Наши общественныя собранія (клубы) съ точки зрѣнія юридической* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“ 1883, № 1).

I. Понятіе о товариществѣ. Подъ именемъ товарищества понимается *договоръ, въ силу котораго нѣсколько лицъ взаимно обязываются участвовать своими личными или имущественными средствами въ совмѣстномъ веденіи дѣла, направленнаго къ извлеченію прибыли.* Ближайшее разсмотрѣніе

даннаго опредѣленія приводитъ къ обнаруженію слѣдующихъ признаковъ.

a. Товарищество представляетъ собою *соединеніе лицъ*. Какъ и всякій договоръ, оно предполагаетъ, конечно, не менѣе двухъ лицъ, но затѣмъ число членовъ можетъ постепенно возрастать и достигать громадной цифры, какъ, напр,, въ акціонерныхъ товариществахъ. Эти многочисленные члены не раздѣляются на двѣ стороны, активную и пассивную, но всѣ находятся въ одинаковомъ юридическомъ положеніи. Каждый имѣетъ право ко всѣмъ прочимъ и несетъ обязанности, является одновременно активнымъ и пассивнымъ субъектомъ. Это соединеніе образуетъ новаго субъекта,—*юридическое лицо*. Вопросъ этотъ представляется нѣсколько спорнымъ въ наукѣ и многіе склонны отрицать юридическую личность за каждымъ товариществомъ. Французское право, которое долгое время признавало юридическую личность только за торговыми товариществами и отрицало ее за гражданскими соединеніями, въ настоящее время считаетъ юридическими лицами тѣ и другія безразлично. И, дѣйствительно, нѣтъ никакихъ основаній признавать за одними видами товариществъ юридическую личность и отрицать ее за другими. Германское право, подъ римскимъ вліяніемъ, упорно отказывалось видѣть въ товариществѣ, не только гражданскомъ, но даже торговомъ, юридическое лицо, и въ уложеніи 1896 года нашло выходъ, едва ли удачный, признавъ, что въ товариществѣ образуется обособленное имущество, принадлежащее товарищамъ zur gesamten Hand. Наша практика не пошла по этому пути. Юридическая обособленность, личная и имущественная, между товариществомъ и членами его выступаетъ слишкомъ рѣзко, чтобы можно было сомнѣваться, что товарищество есть юридическое лицо (кас. рѣш. 1907, № 61, 1908, № 49, 1909, № 100).

b. Имущественная обособленность достигается *соединеніемъ матеріальныхъ средствъ*, принадлежащихъ отдѣльнымъ членамъ. Это имущество создается посредствомъ взносовъ со стороны каждаго члена, уплачиваемыхъ или сразу при возникновеніи соединенія, или съ разсрочкою, или періодически. Эти взносы могутъ состоять не только въ денежныхъ суммахъ, но и въ другихъ вещахъ, необходимыхъ или полезныхъ при достиженіи поставленной цѣли. Въ послѣднемъ случаѣ вещи могутъ быть переданы товариществу или на правѣ собственности или на правѣ пользованія. Опредѣленіе характера передачи имѣетъ

важное значеніе по вопросу: 1) кто несетъ рискъ гибели или поврежденія вещи, 2) должна ли быть возвращена вещь въ натурѣ или въ цѣнности товарищу при выходѣ его или при прекращеніи товарищества. Если договоръ не предусматриваетъ этого вопроса, то дѣло рѣшаетъ природа передаваемыхъ вещей: относительно замѣнимыхъ и потребляемыхъ вещей предположеніе идетъ въ пользу права собственности товарищества, относительно незамѣнимыхъ и непотребляемыхъ предположеніе находится на сторонѣ пользованія.

c. Составленное изъ многихъ лицъ, вносящихъ въ общее дѣло все или часть своего имущества, товарищество предполагаетъ *участіе каждаго въ выгодахъ и убыткахъ*. Недопустимо такое соединеніе, въ которомъ нѣкоторые изъ членовъ несли бы только убытки или пользовались только выгодами. Поэтому рабочіе, приказчики, довѣренные, получающіе долю въ прибыли съ предпріятія, не составляютъ товарищества съ хозяиномъ, такъ какъ не несутъ на себѣ убытковъ, имущество ихъ свободно отъ отвѣтственности.

d. Соединеніе личныхъ и матеріальныхъ силъ имѣетъ въ виду достиженіе извѣстной цѣли, *извлеченіе прибыли*. По этому признаку товарищество отграничивается отъ общества и союза, которые учреждаются по правиламъ 4 марта 1906 года. Понятіе объ обществѣ строится на чисто отрицательномъ признакѣ— соединеніе, которое не имѣетъ «задачею полученіе для себя прибыли отъ веденія какого-либо предпріятія». Это не значитъ, что общество должно быть чуждо матеріальныхъ интересовъ. Общество можетъ нуждаться въ матеріальныхъ средствахъ для достиженія своихъ нематеріальныхъ цѣлей, напр., сценическое общество, или музыкальный кружокъ. Но для общества доходы—это средство, а для товарищества—это цѣль. Цѣль объединяетъ товарищество и потому недопустимо стремленіе одновременное къ разнымъ цѣлямъ, недопустимъ переходъ отъ одной задачи къ другой, потому что это означало бы распаденіе одного и возникновеніе другого товарищества.

Изъ признанія товарищества юридическимъ лицомъ и обособленности его имущества вытекаютъ слѣдующіе выводы, весьма важные въ практическомъ отношеніи. 1) Въ товариществѣ нѣтъ общей собственности, потому что она предполагаетъ одно имущество и нѣсколько субъектовъ, тогда какъ здѣсь одно имущество и одинъ субъектъ (кас. рѣш. 1907, № 61). 2) Какъ имущество особаго субъекта, имущество товарищества подле-

жить преимущественному удовлетворенію его кредиторовъ съ устраненіемъ кредиторовъ отдѣльныхъ товарищей, которые имѣютъ право лишь на остатки. 3) Какъ самостоятельный субъектъ, товарищество заключаетъ сдѣлки отъ своего собственнаго имени и даже можетъ вступать въ договоры съ самими товарищами. 4) Раздѣльность имуществъ товарищества и его членовъ не допускаетъ компенсаціи, такъ что должникъ товарищества не въ правѣ зачитывать свой долгъ съ требованіемъ, которое онъ имѣетъ по отношенію къ одному изъ членовъ.

II. Виды товариществъ. Соединенія договорныя различаются по цѣли своей и по содержанію.

1. По свойству сдѣлокъ товарищескія соединенія различаются какъ торговыя и гражданскія. Тѣ и другія имѣютъ своею цѣлью извлеченіе прибыли, но торговое товарищество осуществляетъ эту задачу посредствомъ торговыхъ сдѣлокъ, а гражданское — при помощи сдѣлокъ, лишенныхъ торговаго характера. Торговыми товариществами производятся торговыя сдѣлки въ видѣ промысла. Постановленія о торговыхъ товариществахъ помѣщены въ нашемъ законодательствѣ отдѣльно (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 63—104) отъ постановленій о гражданскихъ товариществахъ (т. X ч. 1 стт. 2126—2198). Но такъ какъ тѣ и другія основываются на одномъ и томъ же источникѣ, манифестѣ 1807 года, то между ними существуетъ различіе только въ формѣ возникновенія.

2. По объему отвѣтственности, лежащей на каждомъ членѣ, товарищества представляютъ нѣсколько видовъ. a) Полное товарищество является соединеніемъ лицъ, отвѣчающихъ за сдѣлки товарищества всѣмъ своимъ имуществомъ. Слѣдовательно, отдѣльные товарищи отвѣчаютъ субсидіарно, какъ поручители, за долги товарищества (т. X ч. 1 ст. 2134). b) Товарищество на вѣрѣ представляетъ соединеніе лицъ, отвѣчающихъ всѣмъ своимъ имуществомъ, и лицъ съ отвѣтственностью, ограниченною опредѣленнымъ вкладомъ. Первые называются товарищами, вторые—вкладчиками (т. X ч. 1 стт. 2130 и 2135). c) Акціонерное товарищество состоитъ исключительно изъ лицъ, имущественная отвѣтственность которыхъ ограничивается опредѣленнымъ вкладомъ, выраженнымъ въ формѣ акціи (т. X ч. 1 ст. 2131). Слѣдовательно, за долги такого товарищества отвѣчаетъ только его имущество, составленное изъ взносовъ. Точно также многочисленныя соединенія, называемыя обществами, хотя и не принадлежатъ по названію къ акціонернымъ, но по существу

приближаются къ нимъ по ограниченной отвѣтственности. Такъ, напр., по долгамъ клуба отвѣчаетъ только его имущество, составленное изъ членскихъ взносовъ, карточнаго и билліарднаго дохода, буфетной прибыли, но не имущества отдѣльныхъ членовъ.

III. Совершеніе договора. Въ нашемъ законодательствѣ не существуетъ однообразной формы для возникновенія вообще всѣхъ видовъ товариществъ. Для торговыхъ товариществъ установлена обязательность письменной формы и еще регистрація (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 59). Для гражданскихъ товариществъ, возникающихъ въ видѣ полнаго или на вѣрѣ, письменная форма нигдѣ не установлена, и тѣмъ болѣе не понятно, почему наша практика такъ рѣшительно настаиваетъ на облеченіи всякаго договора о товариществѣ, слѣдовательно и гражданскаго, въ письменную форму (кас. рѣш. 1907, № 14). По крайней мѣрѣ ст. 2132 т. X ч. 1, на которую ссылается Сенатъ, говоритъ только, что къ договору товарищества, какъ договору, «прилагаются всѣ общія правила о составленіи, совершеніи, исполненіи и прекращеніи договоровъ», но о необходимости письменной формы въ ней нѣтъ и рѣчи. Конечно, въ дѣйствительной жизни, договоры о товариществѣ всегда почти облекаются въ письменную форму, домашнюю или нотаріальную, но юридически при отсутствіи ея судъ не въ правѣ отстранить свидѣтелей, приводимыхъ въ доказательство существующаго отношенія. Для акціонерныхъ товариществъ установлена необходимость правительственнаго разрѣшенія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Въ противоположность товариществамъ, общества, не имѣющія своею задачею полученіе для себя прибыли отъ веденія какого-либо предпріятія, возникаютъ въ порядкѣ административнаго разрѣшенія. Подается письменное заявленіе губернатору или градоначальнику, и если въ теченіе двухъ недѣль съ этого времени не будетъ сдѣлано сообщенія объ отказѣ, общество можетъ открыть свои дѣйствія (т. XIV, уст. пред. прест. по Прод. 1906, ст. 118[1], прил. ст. 17).

IV. Права и обязанности членовъ товарищества. Права и обязанности отдѣльныхъ субъектовъ въ договорѣ товарищества имѣютъ имущественный и личный характеръ.

1. Каждый членъ товарищества обязывается къ извѣстному *взносу*, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда трудъ лица, какъ цѣнность, принимается за взносъ, напр., при выдачѣ учредительскихъ акцій. Размѣръ взноса опредѣляется договоромъ и, конечно,

нѣтъ необходимости, чтобы всѣ вклады были одинаковы. Но, при молчаніи договора по этому вопросу, всѣ члены должны внести равные вклады. Если по договору члены не обязались къ періодическимъ взносамъ, то уменьшеніе имущества товарищества, вслѣдствіе неблагопріятнаго исхода сдѣлокъ, не обязываетъ членовъ къ восполненію его до прежней высоты. Невнесеніе своевременно періодическаго взноса даетъ право товариществу взыскивать съ члена, если только по договору (уставу) невзносъ не имѣетъ своимъ послѣдствіемъ исключеніе члена изъ соединенія. Уклоненіе отъ взноса, размѣръ котораго былъ опредѣленъ и для котораго допущены были разсрочки, ни въ какомъ случаѣ не освобождаетъ члена отъ отвѣтственности въ размѣрѣ всего вклада, и, если не само товарищество, то кредиторы его въ правѣ требовать внесенія.

2. Каждый членъ товарищества, если противное не установлено договоромъ, имѣетъ право на *распоряженіе* дѣлами товарищества. Его личное участіе можетъ выразиться въ совершеніи сдѣлокъ съ посторонними лицами отъ имени товарищества, въ распоряженіи внутренними дѣлами, въ подачѣ голоса на общемъ собраніи, въ выборѣ новыхъ членовъ, въ контролѣ надъ дѣятельностью выборныхъ представителей правленія. Лишеніе члена принадлежащаго ему личнаго права создаетъ основаніе домогаться судебнымъ порядкомъ признанія его со стороны товарищества, если только осуществленіе права возможно при содѣйствіи судебной власти.

3. *Имущественныя права* товарищей состоятъ въ правѣ на прибыль, если соединеніе имѣло въ виду достиженіе этой цѣли, въ правѣ на пользованіе имуществомъ товарищества, въ правѣ на имущество товарищества, оставшееся по прекращеніи послѣдняго. a) Раздѣлу между товарищами можетъ подлежать только чистый доходъ, насколько онъ, согласно договору (уставу) не имѣетъ особаго назначенія. *Раздѣлъ прибыли* можетъ совершаться только періодически, потому что таково поступленіе доходовъ. Доля участія каждаго члена опредѣляется обыкновенно договоромъ (уставомъ). Въ случаѣ отсутствія соглашенія по этому вопросу, раздѣлъ прибыли долженъ производиться пропорціонально взносу каждаго, а не поровну. b) Каждый членъ товарищества имѣетъ *право личнаго пользованія* имуществомъ товарищества, предназначеннымъ доставить удобства, выгоды или развлеченія всѣмъ участникамъ, напр., пользованіе библіотекою, музеемъ, садомъ для гулянія и т. п. c) Прекра-

щеніе товарищества влечетъ за собою въ нѣкоторыхъ случаяхъ *раздѣлъ оставшагося имущества*, въ нѣкоторыхъ же не имѣетъ такого результата. Въ товарищескихъ соединеніяхъ, которыя поставили себѣ цѣлью преслѣдованіе частныхъ матеріальныхъ выгодъ, имущество, оставшееся послѣ прекращенія товарищества, раздѣляется между наличными членами. Напротивъ, въ обществахъ, которыхъ задача заключается въ какой-нибудь общеполезной цѣли, прекращеніе товарищества оставляетъ безсубъектное имущество, переходящее, при молчаніи устава, въ вѣдѣніе правительства, для употребленія по назначенію, наиболѣе отвѣчающему цѣли общества (т. XIV, уст. пред. прест. по Прод. 1906, ст. 118[1], прил. ст. 29).

4. Права члена товарищества передаваемы или непередаваемы, смотря по характеру соединеній и по природѣ правъ. *Передаваемость* по наслѣдству или по частному преемству имущественныхъ правъ на прибыль не подлежитъ сомнѣнію. Личныя права члена товарищества, обусловленныя личными его качествами, не переходятъ къ наслѣдникамъ или инымъ лицамъ. Таково же послѣдствіе и тѣхъ имущественныхъ правъ, которыя имѣютъ своимъ содержаніемъ личное пользованіе имуществомъ товарищества, потому что оно также обусловливается личными качествами пользователя.

V. Прекращеніе товарищества. На существованіе товарищества вліяютъ слѣдующія причины: 1) *Общее согласіе* членовъ товарищества можетъ прекратить его такъ же, какъ оно и вызвало его возникновеніе. 2) *Несостоятельность* товарищества, т.-е. потеря его особаго имущества, дѣлаетъ невозможнымъ достиженіе поставленной цѣли. Такъ какъ имущество товарищества имѣетъ особаго субъекта, то конкурсъ надъ имуществомъ товарищества не отражается на имуществѣ отдѣльныхъ товарищей. Только въ томъ случаѣ, когда члены товарищества отвѣчаютъ всѣмъ своимъ имуществомъ за дѣла товарищества, они могутъ быть принуждены къ пополненію недостающаго, но не могутъ быть объявлены несостоятельными вслѣдствіе одного только признанія несостоятельности товарищества. 3) *Смерть* члена товарищества можетъ прекратить его личныя права, но не прекращаетъ самого товарищества, если противное не установлено въ договорѣ (contra кас. рѣш. 1890, № 94).

§ 57.

Обязательства, основанныя на гражданскомъ правонарушеніи.

Литература: Шершеневичъ, *Общая теорія права*, §§ 67—71, Кривцовъ, *Общее ученіе объ убыткахъ*, 1902; Таганцевъ, *Лекціи по русскому уголовному праву*, изд. 1902, стр. 102—110; Пирвицъ, *Значеніе вины въ гражданскомъ правѣ. Случай въ гражданскомъ правѣ. Непреодолимая сила въ гражданскомъ правѣ* („Журн. Мин. Юст." за 1895, январь, февраль, мартъ); Покровскій, *Возмѣщеніе вреда и разложеніе его* („В. Пр.", 1899, № 9); Петражицкій, *Возмѣщеніе нематеріальнаго вреда съ точки зрѣнія соціальной политики* („Право", 1900, №№ 11, 12, 15, 16); Бѣляцкинъ, *Возмѣщеніе моральнаго (неимущественнаго) интереса* („Право", 1911, №№ 29; 31, 32); Горенбергъ, *Принципъ гражданской отвѣтственности за вредъ и убытки* („Юрид. Лѣт." 1892, кн. 8 — 9); Змирловъ, *Вознагражденіе за вредъ, причиненный недозволенными дѣяніями* („Ж. М. Ю.", 1900, №№ 4 и 5—критика проекта); Петровъ, *Къ вопросу объ отвѣтственности желѣзнодорожныхъ и пароходныхъ предпріятій* („В. Пр.", 1900 № 10); Берлинъ, *Гражданскій искъ потерпѣвшаго отъ наказуемаго правонарушенія*, 1888.

I. Понятіе о гражданскомъ правонарушеніи. Подъ этимъ именемъ понимается *недозволенное дѣйствіе, нарушающее чужое субъективное право причиненіемъ имущественнаго вреда.* Вслѣдствіе такого факта между лицомъ, причинившимъ вредъ, и лицомъ, потерпѣвшимъ вредъ, устанавливается отношеніе, въ силу котораго первый обязывается возмѣстить понесенные вторымъ имущественные убытки (т. X ч. 1 ст. 574).

а. Гражданское правонарушеніе есть прежде всего *недозволенное дѣйствіе*, т.-е. дѣйствіе, запрещенное объективнымъ правомъ. 1) Поэтому всякое дѣйствіе, которое является только осуществленіемъ права, которое не выходитъ изъ предѣловъ, очерченныхъ закономъ субъективному праву, не составляетъ правонарушенія, какъ бы оно ни было вредно другимъ лицамъ (кас. рѣш. 1904, № 16; 1894, № 63). Такъ, напр., открытіе торговаго заведенія рядомъ или противъ прежняго магазина способно совершенно подорвать торговлю послѣдняго; но какой бы вредъ ни наносила такая конкуренція, она составляетъ только осуществленіе права. Желѣзная дорога, поставивъ вдоль желѣзнодорожнаго полотна щиты для огражденія пути, причиняетъ сосѣднимъ землевладѣльцамъ вредъ отъ скопленія снѣга на ихъ земляхъ вслѣдствіе устройства таковыхъ

щитовъ (кас. рѣш. 1910, № 81). Сосѣдъ на своей межѣ воздвигаетъ брандмауэръ, которымъ закрываетъ окна сосѣдней гостиницы и тѣмъ уничтожаетъ цѣнность номеровъ, расположенныхъ по этой сторонѣ. 2) Точно также нѣтъ гражданскаго правонарушенія тамъ, гдѣ причиняется другому вредъ, вынужденный необходимой обороной (т. X ч. 1 ст. 684), напр., когда человѣкъ убиваетъ напавшую на него собаку. 3) Нѣтъ гражданскаго правонарушенія, за отсутствіемъ незаконнаго состава въ дѣйствіи, въ томъ случаѣ, когда вредъ причиняется при исполненіи служебнаго долга, напр., пожарные, заливая водой горящій домъ, портятъ находящуюся въ немъ мебель.

b. Недостаточно дѣйствіе, нарушающее нормы объективнаго права,—необходимо еще *нарушеніе субъективнаго права*. Безъ этого условія правонарушеніе можетъ имѣть какія-либо иныя послѣдствія, но не обязанность возмѣщенія вреда. Необходимость этого момента съ точки зрѣнія нашего законодательства усматривается изъ того, что обязанность вознагражденія вреда выводится изъ принципа, въ силу котораго никто не можетъ быть лишенъ безъ суда правъ, ему принадлежащихъ (т. X ч. 1 ст. 574). Такимъ образомъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда недозволенное дѣйствіе причиняетъ другимъ лицамъ имущественный вредъ, не нарушая ихъ субъективнаго права, потерпѣвшія лица не имѣютъ права требовать возмѣщенія ущерба. Одинъ изъ торговцевъ галантерейными вещами пріобрѣлъ контрабандою большое количество кружевъ, которыя продалъ по цѣнѣ, значительно ниже той, по которой могли бы продавать другіе торговцы такія же заграничныя кружева; по обнаруженіи контрабанды торговецъ привлекается къ уголовной отвѣтственности, но онъ не подлежитъ гражданской отвѣтственности предъ другими торговцами за тотъ вредъ, который онъ причинилъ имъ своею противозаконною торговлею. Вслѣдствіе незаконнаго уклоненія отъ воинской повинности вмѣсто одного лица было привлечено другое лицо и оттого разстроилось хозяйство, въ которомъ оно было главнымъ дѣятелемъ, но и въ этомъ случаѣ недозволенное дѣйствіе не нарушаетъ субъективнаго права, а потому и не создаетъ обязательства возмѣстить убытки. Уголовный законъ признаетъ присвоеніе непринадлежащаго кому-либо имени, другой фамиліи преступнымъ дѣяніемъ (улож. о нак. ст. 1416), но это положеніе имѣетъ чисто публичный характеръ, а вовсе не задается цѣлью охранить частные интересы лица, чью фамиліею другой

противозаконно пользуется; а потому для страдающаго закрытъ гражданскій искъ, несмотря на наличность преступленія. Этотъ моментъ въ гражданскомъ правонарушеніи признается и нашею судебною практикою (кас. рѣш. 1878, № 249). Такъ, Сенатъ призналъ необоснованнымъ искъ о вознагражденіи за вредъ, причиненный сосѣдомъ вслѣдствіе недостаточной высоты дымовыхъ трубъ въ баняхъ отвѣтчика, хотя послѣдній въ постройкѣ своего зданія нарушилъ обязательное постановленіе городского управленія,—«право требовать отъ сосѣда поднятія высоты трубъ не предусмотрѣно т. X, ч. 1 и данное обязательное постановленіе не можетъ порождать гражданскихъ правъ». При подобномъ нарушеніи интересовъ остается обращаться съ жалобой къ надлежащей власти (кас. рѣш. 1910, № 10). Такъ какъ гражданское правонарушеніе предполагаетъ противоправное вторженіе въ сферу субъективнаго права, то гражданскаго правонарушенія нѣтъ тамъ, гдѣ вредъ причиняется съ согласія субъекта права. Но при этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, можетъ ли субъектъ права свободно распоряжаться своимъ правомъ. Если помѣщикъ разрѣшилъ крестьянину нарубить деревьевъ въ его лѣсу для постройки избы, то онъ уже не въ правѣ привлекать крестьянина къ отвѣтственности, но если помѣщикъ состоитъ подъ опекою за расточительность, то его согласіе не освобождаетъ крестьянина отъ отвѣтственности за причиненный ущербъ. Стоя именно на этой точкѣ зрѣнія, что при согласіи потерпѣвшаго нѣтъ правонарушенія на сторонѣ причинившаго вредъ, Сенатъ и могъ придти къ рѣшенію, что нельзя говорить объ отвѣтственности въ случаѣ возложенія на дворника тяжелой работы, которая имѣла своимъ послѣдствіемъ потерю трудоспособности, если условія труда соотвѣтствовали условіямъ договора найма (кас. рѣш. 1909, № 17).

с. Гражданское правонарушеніе предполагаетъ, что незаконнымъ дѣйствіемъ, нарушившимъ не только объективное, но и субъективное право, причиненъ *имущественный вредъ*, денежно вознаградимый и потому подлежащій вознагражденію со стороны причинившаго. Вредъ можетъ выразиться въ уничтоженіи вещи, въ порчѣ ея или въ присвоеніи, а также въ препятствованіи поступленію тѣхъ цѣнностей, какія по обыкновенному ходу вещей должны были бы поступить. При опредѣленіи причиненнаго вреда необходимо стать на точку зрѣнія объективнаго интереса. Съ субъективной точки зрѣнія цѣнность часовъ, доставшихся отъ любимаго отца, или книги,

подаренной уважаемымъ учителемъ, стоитъ несоизмѣримо выше рыночной цѣны часовъ или книги, но возмѣщенію можетъ подлежать вредъ, какой испытываетъ каждый при потерѣ предметовъ даннаго рода. Убійство главы семьи, состоявшаго на службѣ, не даетъ права убійцѣ возражать противъ предъявленнаго къ нему требованія обезпеченія, что покойный игрой въ карты не обезпечивалъ семью, а вовлекалъ ее въ долги.

Вознагражденіе за вредъ должно стоять въ соотвѣтствіи съ испытаннымъ вредомъ. Поэтому нравственный вредъ, не вознаградимый по объективному масштабу, не подлежитъ возмѣщенію въ порядкѣ гражданскаго обязательства (кас. рѣш. 1895, № 10). Вознагражденіе деньгами за неимущественный, т.-е. неподлежащій денежной оцѣнкѣ, вредъ, содержитъ внутреннее противорѣчіе: если это нравственныя страданія, напр., душевныя терзанія мужа при видѣ измѣны жены, то они не вознаграждаются въ деньгахъ, если же они покрываются полученными съ любовника деньгами, то это не нравственный вредъ. Вознагражденіе за нравственный вредъ имѣетъ поэтому характеръ не возмѣщенія, а наказанія. Но такое наказаніе стоитъ въ противорѣчіи съ основной идеей карательной системы — наказаніе производится во имя общества, а не въ удовлетвореніе чувства мести частнаго лица, при этомъ обогащающагося изъ наказанія. Вознагражденіе за нравственный вредъ, пріучая гражданъ къ мысли о денежной оцѣнкѣ нравственныхъ страданій, имѣетъ само безнравственное дѣйствіе.

Вознагражденіе за вредъ должно стоять въ соотвѣтствіи съ испытаннымъ вредомъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ объ обезпеченіи матеріальнаго существованія семьи, подорваннаго незаконнымъ дѣйствіемъ. Представимъ себѣ столкновеніе автомобиля барона Нобеля съ экипажемъ извозчика. Кто бы ни былъ виновникъ столкновенія, но потерпѣвшій въ правѣ требовать отъ него вознагражденія за причиненный вредъ. Поэтому Нобель можетъ искать съ извозчика возмѣщенія расходовъ по исправленію автомобиля и на леченіе его, Нобеля, потерявшаго при этомъ несчастномъ случаѣ одну руку. Но Нобель не въ правѣ требовать, чтобы извозчикъ обезпечилъ ему матеріальное существованіе, потому что источникъ его средствъ не обусловливается его физическою трудоспособностью. Напротивъ, извозчикъ можетъ искать съ Нобеля не только расходовъ на исправленіе экипажа и на леченіе, но и обезпеченія матеріальнаго существованія вслѣдствіе утраченной,

вмѣстѣ съ рукою, трудоспособности, которая обусловливала источникъ его средствъ. Стоя на этой точкѣ зрѣнія Сенатъ пришелъ къ заключенію, что «въ томъ случаѣ, если у потерпѣвшаго откроется какой-либо источникъ, изъ коего покрывается весь понесенный имъ по случаю смерти кормильца ущербъ или же только какая-либо его часть,—право потерпѣвшаго на вознагражденіе должно быть опредѣлено судомъ въ соразмѣрности съ этимъ источникомъ и, такимъ образомъ, когда семья умершаго изъ такихъ источниковъ (пенсія изъ казначейства) будетъ получать на свое содержаніе не менѣе того, что она имѣла при жизни своего кормильца, право на содержаніе въ этомъ случаѣ погашается сполна, ибо здѣсь нѣтъ уже на лицо имущественнаго ущерба (кас. рѣш. 1910, № 17).

d. Дѣйствіе представляетъ собою выраженіе воли, съ точки зрѣнія юридической, — воли зрѣлой и сознательной. Поэтому въ основаніи гражданскаго правонарушенія лежитъ *вина*, все равно умышленная или неосторожная. Если лицо, причинившее вредъ, не желало бы такого послѣдствія, не могло и не должно было предвидѣть возможности его наступленія, то нѣтъ вины съ его стороны, а есть только одинъ случай. Купецъ, торгующій стеклянною посудою, выставилъ ее въ дверяхъ своей лавки. Съ точки зрѣнія юридической безразлично, будетъ ли побита эта посуда камнемъ, упавшимъ съ крыши, или прохожимъ, поскользнувшимся на тротуарѣ. У подъѣзда спокойно стоитъ запряженная лошадь. Мимо проходитъ баталіонъ и, поровнявшись съ экипажемъ, ударяетъ въ барабаны. Испуганная лошадь сразу бросается въ сторону и наноситъ увѣчье стоявшему недалеко отцу семейства. Со стороны хозяина лошади не было допущено ни малѣйшей неосторожности, а потому онъ и не можетъ считаться отвѣтственнымъ за происшедшій вредъ. Банкъ, выдавшій по подложной росписке принятыя на сохраненіе цѣнныя бумаги, можетъ быть подвергнутъ отвѣтственности лишь въ томъ случаѣ, если онъ, по грубости подлога или по другимъ причинамъ, долженъ былъ, въ моментъ выдачи бумагъ, знать о подлогѣ и замѣтить его.

Существуетъ, однако, взглядъ, отрицающій необходимость вины для установленія обязанности возмѣстить вредъ и выдвигающій на мѣсто принципа вины принципъ причиненія. Съ этой точки зрѣнія для установленія отвѣтственности за вредъ признается достаточною наличность причинной связи между

дѣйствіемъ и происшедшимъ вредомъ (Матайя, Штейнбахъ, Салейль). Главное основаніе для такого взгляда заключается въ оскорбленіи чувства справедливости въ тѣхъ случаяхъ, когда богатое лицо, причинившее вредъ бѣдному, освобождается отъ отвѣтственности. Напр., богатый господинъ поскользнулся около бѣднаго яичника и разбилъ корзину яицъ, составляющую все его достояніе. Однако, данный случай только одно изъ многочисленныхъ послѣдствій имущественнаго неравенства между людьми, притомъ далеко не самое выдающееся. Принятіе же этого принципа причиненія повело бы къ большимъ сомнѣніямъ. Прежде всего нельзя сказать, что во всѣхъ указанныхъ выше случаяхъ вредъ причиненъ «дѣйствіемъ», потому что дѣйствіе есть выраженіе воли, а ея-то и нѣтъ въ приведенныхъ примѣрахъ. Затѣмъ, необходимо отказаться также отъ признака «недозволенное» дѣйствіе, потому что дѣйствіе, въ основѣ котораго нѣтъ ни умысла, ни неосторожности, не можетъ быть недозволеннымъ: нельзя же признать недозволеннымъ паденіе человѣка на улицѣ.

Несмотря на это новое направленіе замѣнить понятіе о гражданскомъ правонарушеніи понятіемъ о неправомѣрномъ состояніи, всѣ законодательства, какъ болѣе старыя (франц. гражд. код. § 1382 и 1383), такъ и новѣйшія (герм. гражд. улож. § 823 и швейц. обяз. законъ § 41), придерживаются принципа вины. Однако, законодательства послѣдняго времени вынуждены были сдѣлать уступку новымъ тенденціямъ. Такъ, германское право постановляетъ, что если вредъ причиненъ лицомъ, которое по закону не отвѣчаетъ за причиненный имъ вредъ, все же причинившій обязанъ возмѣстить вредъ, насколько вознагражденіе представляется справедливымъ по обстоятельствамъ дѣла, въ частности въ виду соотношенія сторонъ (§ 829). Также и швейцарское право предлагаетъ присуждать къ возмѣщенію вреда даже невмѣняемое лицо, если того требуетъ справедливость (si l'équité l'exige, § 54). За отсутствіемъ логики, конечно, можно ссылаться и на справедливость. Но не превращается ли здѣсь справедливость въ произвольное усмотрѣніе судьи? Нельзя ли съ такимъ же основаніемъ привлечь къ отвѣтственности, вмѣсто невиновнаго причинителя, самаго богатаго человѣка въ судебномъ округѣ?

На какомъ принципѣ построено русское законодательство? Установивъ, въ видѣ общаго начала, право требовать и обязанность доставлять вознагражденіе за причиненный кому-

либо вредъ (т. X, ч. 1, ст. 574), законъ опредѣляетъ отдѣльно отвѣтственность за дѣйствія, составляющія преступленіе или проступокъ (т. X, ч. 1, ст. 644), и отдѣльно отвѣтственность за дѣйствія, не признаваемыя преступленіемъ или проступкомъ (т. X, ч. 1, ст. 684). Отвѣтственность перваго рода выражается слѣдующимъ образомъ: «виновный въ совершеніи какого либо преступленія или проступка, несмотря на то, съ предумышленіемъ или безъ онаго учинено имъ сіе преступленіе, обязанъ вознаградить за всѣ непосредственно причиненные симъ дѣяніемъ его вредъ и убытки». Это положеніе дополняется еще указаніемъ, что «не подлежатъ вознагражденію вредъ и убытки, происшедшіе отъ дѣянія случайнаго, учиненнаго не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности» (т. X, ч. 1, ст. 647). Отвѣтственность второго рода опредѣляется въ слѣдующихъ выраженіяхъ: «всякій обязанъ вознаградить за вредъ и убытки, причиненные кому-либо его дѣяніемъ или упущеніемъ, хотя бы сіе дѣяніе или упущеніе и не составляло ни преступленія, ни проступка, если только будетъ доказано, что онъ не былъ принужденъ къ тому требованіями закона, или правительства, или необходимою личною обороною, или же стеченіемъ такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить».

Въ нашей литературѣ обнаруживается разногласіе въ пониманіи смысла ст. 684. Одни полагаютъ, что въ ней выраженъ принципъ причиненія, а слѣдовательно отвѣтственность за дѣйствія, даже не вмѣняемыя въ вину совершившему ихъ, если онъ не въ состояніи оправдаться однимъ изъ тѣхъ обстоятельствъ, какія указаны въ статьѣ. Доводами въ пользу такого пониманія служатъ: α) буквальный смыслъ ст. 684; β) отсутствіе при ней оговорки о безотвѣтственности за случай, какая дана въ ст. 647 по поводу преступныхъ дѣйствій. Побѣдоносцевъ формулируетъ точку зрѣнія закона слѣдующимъ образомъ. «Въ гражданскомъ смыслѣ, стало быть, нѣтъ дѣяній случайныхъ. Дѣйствіе, хотя и ненамѣренное въ своихъ послѣдствіяхъ, хотя и нечаянное, не можетъ быть признано вполнѣ случайнымъ, ибо случай бываетъ вовсе безъ воли, а дѣйствіе, исходя отъ лица, всегда состоитъ въ связи съ волею, и потому, кто, совершивъ его, нанесъ хотя и нечаянно вредъ чужому имуществу, нарушилъ сферу чужого права, тотъ, и безъ вины, долженъ вознаградить хозяина». Это мнѣніе раз-

дѣляютъ Анненковъ и Гуляевъ. Противоположный взглядъ, признающій, что ст. 684 построена на принципѣ вины, основывается на слѣдующихъ соображеніяхъ: α) мотивы закона, изданнаго 21 марта 1851 года, ясно показываютъ, что имѣлось въ виду обосновать отвѣтственность виною причинившаго вредъ; β) законъ 21 марта 1851 года составленъ по образцу французскаго и потому совершенно невѣроятно, чтобы онъ не воспринялъ основной идеи французскаго законодательства, построеннаго на принципѣ вины; γ) нельзя допустить, чтобы законодатель устанавливалъ болѣе строгую отвѣтственность для дѣяній непреступныхъ, чѣмъ для дѣяній преступныхъ. Послѣднее соображеніе представляется самымъ сильнымъ, и поэтому мы должны, признавъ, что, между мыслью законодателя и ея выраженіемъ обнаруживается явное несоотвѣтствіе, прибѣгнуть къ ограничительному толкованію, и содержаніе ст. 684 ограничить ст. 647, т.-е. признать, что за случайный вредъ, причиненный другому, никто не отвѣчаетъ. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ и Сенатъ (кас. рѣш. 1874, № 34; 1884, № 144). Но взглядъ Сената едва ли можно признать вполнѣ устойчивымъ. Утверждая, съ одной стороны, что «нельзя ставить въ вину такія дѣйствія или такое бездѣйствіе, которыя явились слѣдствіемъ случайнаго, независящаго отъ воли лица, событія» (кас. рѣш. 1900, № 62), Сенатъ въ то время полагаетъ, что «лицо, дѣйствовавшее вполнѣ добросовѣстно и съ сознаніемъ, что дѣйствуетъ въ предѣлахъ своего права, можетъ тѣмъ не менѣе подвергнуться отвѣтственности за послѣдствія своихъ дѣйствій, если окажется, что его представленіе о своемъ правѣ было ошибочно и, слѣдовательно, основанныя на такомъ представленіи дѣйствія окажутся правонарушеніями»; напр., когда лицо, купившее съ торговъ имѣніе и затѣмъ продавшее его другому, отъ котораго оно было отнято судебнымъ порядкомъ по иску собственника, должно отвѣчать передъ покупщикомъ не на основаніи неправомѣрнаго обогащенія полученною цѣною, а на основаніи причиненнаго правонарушеніемъ вреда (кас. рѣш. 1896, № 49).

Однако, въ нашемъ законодательствѣ есть и несомнѣнное отступленіе отъ принципа вины: когда малолѣтніе или сумасшедшіе причинятъ кому-либо вредъ и тѣ, кто по закону обязаны имѣть за ними надзоръ, докажутъ, что не имѣли никакой возможности предупредить совершившееся, то убытки взыскиваются съ имущества малолѣтнихъ или сумасшедшихъ (т. X

ч. 1 ст. 686). Если морское судно, спасаясь отъ бури, вбѣжитъ въ портъ и, прежде, нежели можетъ быть остановлено, учинитъ свалку съ другимъ судномъ, стоящимъ въ порту, и тѣмъ причинитъ ему убытокъ, то судохозяинъ долженъ заплатить половину причиненнаго убытка, хотя съ его стороны вины нѣтъ (т. XI ч. 2, уст. торг., ст. 477; другой примѣръ— ст. 478).

II. Гражданское правонарушеніе и уголовное преступленіе. Какъ недозволенное дѣйствіе, гражданское правонарушеніе приближается къ уголовному преступленію, которое также является дѣйствіемъ недозволеннымъ подъ страхомъ наказанія. Какъ то, такъ и другое могутъ состоять въ совершеніи запрещеннаго или въ упущеніи того, что̀ должно было быть исполнено. Оба объединяются въ общемъ понятіи о правонарушеніи. Въ томъ и другомъ нѣтъ отвѣтственности безъ вины. Гражданское правонарушеніе и уголовное преступленіе представляютъ собою нерѣдко двѣ стороны одного и того же явленія. Одно и то же дѣйствіе затрагиваетъ одновременно и общественный интересъ и частный имущественный интересъ. Соотвѣтственно двоякому своему значенію, оно вызываетъ двоякое послѣдствіе: наказаніе и вознагражденіе за вредъ.

Однако, не всякое недозволенное дѣйствіе влечетъ за собою оба послѣдствія. Возможны дѣйствія, противныя общественному интересу, но не причиняющія кому-либо имущественнаго вреда, напр., богохуленіе, уклоненіе отъ платежа налоговъ, покушеніе на убійство. Наоборотъ, возможны дѣйствія, нарушающія частные интересы отдѣльныхъ лицъ, но не затрагивающія настолько существенно общее благо, чтобы необходимо было санкціонировать запрещеніе ихъ угрозою наказанія, напр., неплатежъ долга. Каждое недозволенное дѣйствіе можетъ быть уголовнымъ преступленіемъ, хотя въ дѣйствительности, по соображеніямъ цѣлесообразности, и не бываетъ. Но не всякое недозволенное дѣйствіе можетъ быть гражданскимъ правонарушеніемъ, потому что нѣкоторыя недозволенныя дѣйствія по существу своему не соединены съ имущественнымъ вредомъ. Въ виду этого, покушенія на причиненіе вреда могутъ имѣть своимъ послѣдствіемъ наказаніе, но не возмѣщеніе убытковъ, напр. покушеніе на кражу.

Гражданское правонарушеніе отличается отъ уголовнаго преступленія только по своимъ послѣдствіямъ: одно есть дѣйствіе

запрещенное подъ страхомъ вознагражденія за вредъ, другое есть дѣйствіе запрещенное подъ страхомъ наказанія. Различіе между вознагражденіемъ за вредъ и уголовнымъ наказаніемъ, хотя бы послѣднее выразилось въ деньгахъ, сводится къ слѣдующему. 1) Наказаніе есть причиненіе зла виновному, тогда какъ вознагражденіе за вредъ есть исправленіе зла, причиненнаго виновнымъ. 2) Налагаемое наказаніе оцѣнивается съ точки зрѣнія опасности преступника для общества, и потому соразмѣряется со степенью его виновности, тогда какъ вознагражденіе за вредъ оцѣнивается съ точки зрѣнія испытаннаго ущерба, а потому не зависитъ отъ степени виновности, если только виновность имѣется на лицо. Правда, швейцарское право, въ противоположность французскому и германскому праву, предоставляетъ суду опредѣлять величину вознагражденія за вредъ въ соотвѣтствіи со степенью виновности (§ 43), но это объясняется тѣмъ, что швейцарское законодательство устанавливаетъ вознагражденіе за нравственный вредъ, который объективному учету не поддается. 3) Наказаніе падаетъ на лицо виновнаго, и потому со смертью его отпадаетъ, тогда какъ вознагражденіе за вредъ падаетъ на имущество виновнаго, а потому переходитъ, вмѣстѣ съ наслѣдствомъ, на правопреемниковъ. 4) Наказаніе примѣняется полностью къ каждому изъ участниковъ совершоннаго совмѣстно преступнаго дѣйствія, тогда какъ вознагражденіе за вредъ распредѣляется по частямъ между соучастниками гражданскаго правонарушенія.

Когда одно и то же незаконное дѣйствіе вызываетъ одновременно то и другое послѣдствіе, то каждое изъ нихъ должно бы дать основаніе къ двумъ разнымъ процессамъ, гражданскому и уголовному. Такова именно точка зрѣнія германскаго законодательства. Напротивъ, французское законодательство допускаетъ соединенный процессъ, т.-е. предъявленіе гражданскаго иска въ уголовномъ судѣ, разсматривающемъ данное дѣйствіе съ точки зрѣнія уголовныхъ послѣдствій. Къ этой системѣ примыкаетъ и русское законодательство. Уголовный судъ, разсматривающій объ стороны правонарушенія совмѣстно, можетъ обязать правонарушителя къ вознагражденію за вредъ, освободивъ его отъ наказанія по уголовной невмѣняемости, или, наоборотъ, наложить на правонарушителя наказаніе, отказавъ въ вознагражденіи за вредъ по недоказанности убытковъ. Столкновеніе гражданскаго и уголовнаго элементовъ можетъ обнаружиться уже по предъявленіи гражданскаго иска въ гра-

жданскомъ судѣ. Когда разрѣшеніе вопроса о вознагражденіи за вредъ зависитъ отъ разсмотрѣнія уголовнаго обстоятельства, то производство гражданскаго дѣла пріостанавливается, пока уголовный судъ не выскажется (уст. гражд. суд. ст. 8).

III. Понятіе объ убыткахъ. Вредъ, понесенный имуществомъ и состоящій въ уменьшеніи его цѣнности, называется убытками. Вознагражденіе со стороны виновника вреда должно равняться величинѣ убытковъ, понесенныхъ потерпѣвшимъ. Опредѣленіе соотвѣтствія между этими величинами представляетъ значительныя трудности, стоящія въ зависимости отъ установленія причинной связи между правонарушеніемъ и убытками. Необходимо, поэтому, принять во вниманіе различіе убытковъ.

1. Убытки, заключающіеся въ уменьшеніи цѣнности имущества сравнительно съ тою, какую оно имѣло до правонарушенія, представляютъ *дѣйствительный ущербъ*, напр., поврежденіе дома вслѣдствіе поджога, сдѣланнаго квартирантомъ съ цѣлью получить страховое вознагражденіе за домашнюю обстановку. Убытки, заключающіеся въ уменьшеніи цѣнности имущества сравнительно съ тою, какою оно могло бы имѣть, если бы не наступило правонарушеніе, составляютъ *потерянную прибыль*, напр., поджогъ, сдѣланный квартирантомъ съ цѣлью получить страховое вознагражденіе за домашнюю обстановку, имѣлъ своимъ послѣдствіемъ не только поврежденіе дома, но и пустованіе нѣсколькихъ квартиръ, потребовавшихъ ремонта. Нашъ законъ не различаетъ эти два вида убытковъ, но практика наша признала, что обязанность возмѣстить убытки относится не только къ дѣйствительному ущербу, но и къ потерянной прибыли (кас. рѣш. 1880, № 99; 1884, № 2).

2. Если испытанный имуществомъ вредъ причиненъ ему непосредственно и исключительно даннымъ дѣйствіемъ, составляющимъ правонарушеніе, то мы имѣемъ на лицо *прямые убытки*: поджогъ—поврежденіе дома, расходы на ремонтъ, потеря квартирной платы. Напротивъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда убытки создаются не только правонарушительнымъ дѣйствіемъ, но и другими сопутствующими обстоятельствами, неожиданно увеличивающими вредъ, мы имѣемъ *косвенные убытки*. Вся сумма убытковъ въ послѣднихъ случаяхъ создается рядомъ причинъ, въ которомъ правонарушеніе является только однимъ звеномъ. Если бы, однако, не было этой первой причины, то и слѣдующія не существовали бы. Лицо поджигаетъ домъ,

стоящій особнякомъ въ саду, съ корыстной цѣлью воспользоваться страховою суммой, но вслѣдствіе поднявшагося вѣтра выгораетъ цѣлый кварталъ. Воръ похищаетъ суммы, приготовленныя для платежа по векселямъ, и должникъ, оказавшійся не въ состояніи своевременно уплатить долгъ, обязывается къ платежу громадной неустойки, въ отчаяніи стрѣляется и оставляетъ семью безъ всякихъ средствъ къ существованію. Для устройства балагана доставленъ былъ гнилой матеріалъ, вслѣдствіе чего зданіе рухнуло во время представленія, и потому не только потеряна была выгода, ожидавшаяся отъ праздничныхъ увеселеній, но нѣкоторыя семьи остались безъ рабочихъ рукъ. Съ точки зрѣнія сущности права, какъ средства соціальнаго воздѣйствія на поведеніе людей, необходимо признать, что гражданская отвѣтственность за незаконное дѣйствіе не можетъ идти далѣе того, что могъ предусмотрѣть въ моментъ правонарушенія средній разумный человѣкъ на основаніи общежитейскаго опыта.

Наше законодательство обязываетъ виновника къ возмѣщенію только прямыхъ убытковъ. Виновный въ совершеніи преступленія или проступка обязанъ вознаградить за всѣ непосредственно причиненные его дѣяніемъ вредъ и убытки (т. X ч. 1 ст. 644). Только въ томъ случаѣ, когда будетъ доказано, что преступленіе или проступокъ совершены именно съ намѣреніемъ причинить какіе-либо, болѣе или менѣе важные, потерпѣвшему отъ того убытки или потери, виновный обязанъ вознаградить не только за убытки, непосредственно происшедшіе отъ такого дѣйствія, но и за всѣ тѣ, хотя болѣе отдаленные, которые имъ дѣйствительно съ этимъ намѣреніемъ причинены (т. X ч. 1 ст. 645). Относительно размѣра отвѣтственности за правонарушенія, лишенныя уголовнаго элемента, законъ умалчиваетъ, но тѣмъ болѣе къ нимъ должна быть примѣнена мѣра, установленная для преступленій въ ст. 644.

IV. Доказываніе убытковъ. По общему правилу, обязанность доказать убытки лежитъ на потерпѣвшемъ и домогающемся вознагражденія. Ему необходимо доказать слѣдующія обстоятельства.

1. Прежде всего слѣдуетъ установить *фактъ правонарушенія*, т.-е. доказать, что недозволенное дѣйствіе, причинившее вредъ, дѣйствительно было совершено. Этотъ фактъ можетъ быть доказываемъ въ гражданскомъ судѣ или, если это преступленіе,—въ уголовномъ. Рѣшеніе уголовнаго суда имѣетъ зна-

ченіе для гражданскаго иска лишь насколько оно касается самаго факта преступленія. Оправданіе подсудимаго не устраняетъ его гражданской отвѣтственности (уст. гр. суд. ст. 7), если только судъ не отвергъ самаго факта или не призналъ наличности случая. Погашеніе уголовной отвѣтственности за преступленіе и проступокъ истеченіемъ установленныхъ на возбужденіе уголовныхъ преслѣдованій сроковъ не лишаетъ потерпѣвшаго права на гражданскій искъ объ убыткахъ (кас. рѣш. 1874, № 638). Такъ какъ правонарушеніе устанавливаетъ обязательственное отношеніе, а обязательственныя права погашаются десятилѣтнею давностью, то право на возмѣщеніе ущерба не утрачивается до истеченія этого срока, если въ законѣ не установлена особая сокращенная давность.

2. Далѣе необходимо доказать *наличность и величину убытковъ*. Существованіе убытковъ не представляетъ особенныхъ затрудненій для доказыванія, но установленіе величины ихъ является во многихъ случаяхъ весьма труднымъ. Голословно опредѣляемая цифра убытковъ не можетъ быть присуждена, хотя бы судъ по внутреннему убѣжденію и находилъ требованіе истца умѣреннымъ (кас. рѣш. 1876, № 370). Въ этомъ случаѣ суды основываются на законѣ, который требуетъ, чтобы исковое прошеніе содержало въ себѣ означеніе цѣны иска, за исключеніемъ дѣлъ, оцѣнкѣ не подлежащихъ, и случаевъ, положительно въ законѣ опредѣленныхъ (уст. гражд. суд. ст. 257 п. 3). Съ этой стороны русское законодательство, вѣрное началамъ французскаго права, стоитъ ниже новѣйшихъ законодательствъ, которыя дозволяютъ суду опредѣлять размѣръ убытковъ по свободному усмотрѣнію, по соображеніи всей совокупности обстоятельствъ дѣла (герм. уст. гражд. суд. § 287, швейц. обяз. законъ § 42). Законъ 20 марта 1911 года объ авторскомъ правѣ идетъ по тому же направленію и ломаетъ старую традицію о необходимости точнаго указанія истцомъ количества причиненныхъ ему убытковъ, опредѣляя, что размѣръ вознагражденія, причитающагося автору со стороны нарушителя его права, устанавливается судомъ, по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла, «по справедливому усмотрѣнію» (ст. 23).

3. Труднымъ для истца является установленіе *причинной связи* между недозволеннымъ дѣйствіемъ и понесенными убытками. Необходимо доказать, что убытки произошли именно отъ правонарушительнаго дѣйствія, а не отъ другого какого-

либо обстоятельства. Простая послѣдовательность еще недостаточна. Удостовѣренъ фактъ, что постороннія лица находились въ чужомъ лѣсу и разводили въ немъ костеръ, что лѣсъ сгорѣлъ и оттого понесенъ убытокъ,—нужно еще доказать, что лѣсъ сгорѣлъ именно отъ неосторожнаго обращенія съ огнемъ этихъ лицъ.

4. По общему правилу, потерпѣвшій обязанъ доказать *виновность* того лица, которому приписывается дѣйствіе, имѣвшее вредныя послѣдствія. Потерпѣвшій долженъ доказать, что дѣйствіе было вызвано умысломъ или неосторожностью причинившаго вредъ, тогда какъ послѣдній можетъ устранить предположеніе своей виновности, основанное на доводахъ потерпѣвшаго, доказательствомъ, что вредное послѣдствіе наступило вслѣдствіе стеченія такихъ обстоятельствъ, которыхъ онъ не могъ предотвратить (т. X ч. 1 ст. 684). Пока потерпѣвшій не докажетъ умышленной или неосторожной вины со стороны причинившаго, послѣднему не въ чемъ оправдываться. Если истцу это не удастся, то ущербъ, хотя бы въ дѣйствительности причиненный виною отвѣтчика, останется невозмѣщеннымъ. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ доказываніе вины причинившаго ущербъ представляется весьма затруднительнымъ, въ виду чего законодательства освобождаютъ потерпѣвшаго отъ обязанности доказывать виновность причинившаго вредъ, а на причинившаго вредъ возлагаютъ обязанность доказать отсутствіе съ его стороны всякой вины. Если это не удастся, то лицо можетъ оказаться отвѣтственнымъ даже за такой вредъ, который въ основаніи своемъ имѣетъ только случайное стеченіе обстоятельствъ.

V. Отвѣтственность предпріятій. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ наше законодательство, какъ и другія, устанавливаютъ гражданскую отвѣтственность за предѣлами гражданскаго правонарушенія, заставляя вознаграждать за вредъ независимо отъ доказанной вины. Такая чрезвычайная отвѣтственность устанавливается для крупныхъ предпріятій.

На чемъ основана обязанность вознаграждать за вредъ жизни, здоровью, вещамъ, причиненный при эксплоатаціи предпріятія за предѣлами виновности? Основаніе это не лежитъ въ недостаткѣ выбора служащихъ и надзора за ними, потому что оправданіе съ этой стороны не освобождаетъ предпріятіе отъ отвѣтственности. Основаніе нельзя видѣть въ чрезвычайной опасности, какою угрожаютъ такія предпріятія, потому что если такимъ соображеніемъ

можно руководствоваться при опредѣленіи отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ или фабрикъ, то непримѣнимость его къ товарнымъ складамъ очевидна. Трудность обнаруженія виновнаго, при сложности организаціи предпріятій могла бы повести къ перенесенію тяжести доказательствъ, такъ чтобы не потерпѣвшій доказывалъ вину предпріятія, а предпріятіе доказывало свою невиновность. Но отвѣтственность предпріятій идетъ дальше распредѣленія доказательствъ, такъ какъ у предпріятій отнимается оправданіе ссылкою на невиновность и имъ предоставляется доказывать только факты, указанные въ законѣ, и способные снять съ нихъ отвѣтственность. Правильнѣе всего будетъ видѣть въ чрезвычайной отвѣтственности предпріятій страховую функцію, которую государство возлагаетъ на предпріятія, считая ихъ способными вынести эту тяжесть. Вѣрность такого обоснованія находитъ себѣ поддержку въ томъ, что предпріятія освобождаются отъ отвѣтственности именно путемъ застрахованія лицъ, которыя могутъ пострадать, напр., рабочихъ.

Между тѣмъ у насъ обоснованіе отвѣтственности возбуждаетъ большія сомнѣнія. Законъ 25 января 1878 г., положенный въ основу ст. 683 т. X ч. 1, опредѣляющей отвѣтственность желѣзныхъ дорогъ за смерть и поврежденіе здоровья, носитъ названіе о наказаніяхъ за нарушеніе безопасности, слѣдовательно выдвигаетъ идею чрезвычайной опасности. Сенатъ выставилъ два различныхъ обоснованія. Съ одной стороны «основаніемъ гражданской отвѣтственности по ст. 683 т. X ч. 1 служитъ вовсе не опасность, а солидарность предпринимателей съ предпріятіемъ и приставленными къ нему лицами и то начало справедливости, что убытки должны падать на того, кто получаетъ барыши» (кас. рѣш. 1894, № 7). Оставляя въ сторонѣ непостижимую солидарность между предпринимателемъ и предпріятіемъ, мы видимъ, что Сенатъ выдвигаетъ идею профессіональнаго риска. А съ другой стороны исключительное положеніе желѣзной дороги въ процессѣ «оправдывается свойствомъ предпріятій и характеромъ событій, служащихъ основаніемъ иска по дѣламъ сего рода, ибо для уясненія виновности отвѣтчика въ большинствѣ случаевъ требуются особыя техническія свѣдѣнія, знакомство съ дѣятельностью и изслѣдованія по документамъ отвѣтчика, недоступнымъ для частныхъ лицъ» (кас. рѣш. 1896, № 112). Поэтому все дѣло сводится къ распредѣленію доказательствъ между сторонами (кас. рѣш. 1899, № 64), что совершенно невѣрно.

Случаи чрезвычайной отвѣтственности въ нашемъ законодательствѣ не многочисленны, но существенны.

А. Такой отвѣтственности подлежатъ *желѣзно-дорожныя предпріятія* 1) за смерть и поврежденіе здоровья, причиненныя при эксплоатаціи (т. X ч. 1 ст. 683) и 2) за утрату и поврежденіе груза, принятаго къ перевозкѣ (т. XII ч. 2 уст. жел. дор. ст. 102).

1. Отвѣтственность за смерть и поврежденіе здоровья, причиненныя при эксплоатаціи желѣзной дороги, опредѣляется слѣдующими условіями. а) Отвѣтственность несутъ всѣ вообще желѣзныя дороги, независимо отъ того, кто является предпринимателемъ, казна, общество, городъ, земство или отдѣльныя лица, и отъ того, какова двигательная сила, паровая, электрическая (трамваи), конная. Въ этой отвѣтственности съ желѣзными дорогами уравнены по закону пароходныя предпріятія. b) Право на вознагражденіе имѣетъ «каждый потерпѣвшій» вредъ или убытокъ вслѣдствіе смерти или поврежденія въ здоровьи, причиненныхъ при эксплоатаціи. Поэтому право на вознагражденіе принадлежитъ: пассажирамъ, а также служащимъ въ предпріятіи, и даже всѣмъ постороннимъ, чье субъективное имущественное право, а не только интересы, было нарушено, потому что ст. 574 т. X ч. 1, устанавливающая общій принципъ отвѣтственности за причиненный вредъ, строитъ вознагражденіе за вредъ на нарушеніи правъ, принадлежащихъ потерпѣвшему. Исключительная отвѣтственность не распространяется на причиненіе смерти животнымъ, напр., если вагонъ наскочилъ на лошадь извозчика (кас. рѣш. 1905, № 28), или на поврежденіе вещей, напр. если отъ искръ проходившаго паровоза сгорѣлъ вывезенный въ полѣ сухой навозъ (кас. рѣш. 1904, № 3). с) Отвѣтственность желѣзнодорожныхъ и пароходныхъ предпріятій ограничивается причиненіемъ вреда «при эксплоатаціи». Въ пониманіи этого выраженія Сенатъ обнаружилъ значительныя колебанія. Первоначально эксплоатація понималась въ широкомъ смыслѣ, какъ дѣятельность, направленная къ извлеченію доходовъ изъ всего предпріятія, а потому подъ эксплоатаціей понималась не только техническая, но и хозяйственная сторона этой дѣятельности (кас. рѣш. 1880, № 109 до 1905, № 69). Такое широкое пониманіе согласовалось съ обоснованіемъ отвѣтственности на принципѣ «чьи барыши, того убытки». Въ послѣднее время Сенатъ, исходя изъ того, что исключительная отвѣтственность имѣетъ своею

задачею обезпечить большую безопасность лицъ, соприкасающихся съ транспортнымъ предпріятіемъ, пришелъ къ болѣе ограниченному пониманію эксплоатаціи, какъ технической дѣятельности, такъ что подъ эксплоатаціей слѣдуетъ понимать «регулируемую общимъ уставомъ и правилами технической эксплоатаціи дѣятельность желѣзныхъ дорогъ, какъ-то приготовленіе къ движенію желѣзно-дорожныхъ поѣздовъ, напр., сцѣпка вагоновъ, маневрированіе для составленія поѣзда и т. п., самое движеніе поѣздовъ, и, наконецъ, окончаніе, напр., уборка поѣзда съ пути, поставленіе его на запасный путь и т. п.» (кас. рѣш. 1907, № 20). Идея страховой функціи, положенная въ основу чрезвычайной отвѣтственности, согласуется болѣе съ широкимъ, чѣмъ съ узкимъ пониманіемъ выраженія «эксплоатаціи». Такъ какъ эксплоатація предполагаетъ коммерческое предпріятіе, то Сенатъ призналъ, что чрезвычайная отвѣтственность не распространяется на увѣчья, полученныя при желѣзно-дорожномъ или пароходномъ движеніи, не предназначенномъ къ перевозкѣ за плату пассажировъ и грузовъ, напр., если казенный пароходъ округа путей сообщенія «Межень» потопитъ на Волгѣ лодку съ людьми или если во время нагрузки въ Кронштадтѣ ледокола «Ермакъ» на рабочаго упадетъ кусокъ угля, причиняющій ему увѣчье (кас. рѣш. 1907, № 70). d) Размѣръ вознагражденія долженъ зависѣть исключительно отъ понесеннаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ ущерба. Вознагражденіе назначается, сообразно съ желаніемъ потерпѣвшаго вредъ, или въ видѣ единовременно выдаваемой суммы или же въ видѣ ежегоднаго или въ опредѣленные сроки уплачиваемаго пособія. При срочномъ пособіи размѣръ вознагражденія, въ случаѣ обнаружившихся впослѣдствіи новыхъ обстоятельствъ можетъ быть увеличиваемъ и уменьшаемъ по рѣшенію суда. e) Желѣзнодорожныя и пароходныя предпріятія освобождаются отъ падающей на нихъ отвѣтственности только въ тѣхъ случаяхъ, когда докажутъ, что несчастіе произошло: α) не по винѣ управленія предпріятіемъ и его агентовъ, или же β) вслѣдствіе воздѣйствія непреодолимой силы. Предпріятіе не можетъ доказывать своей невиновности, а должно доказать виновность самого потерпѣвшаго или посторонняго лица (кас. рѣш. 1901, № 115). Подъ непреодолимою силою слѣдуетъ понимать такія событія, послѣдствія котораго, хотя и могутъ быть предвидѣны, но не могутъ быть предотвращены силами предпріятія. Съ этой точки зрѣнія подъ понятіе непреодолимой силы подходятъ не

только явленія стихійныхъ силъ природы, но и тѣ явленія общественной жизни, которыя, нарушая правильное ея теченіе, не могутъ быть устранены силами частныхъ силъ, какъ нападеніе экспропріаторовъ, общая забастовка (кас. рѣш. 1906, № 1). f) Всякіе договоры и условія, направленныя къ устраненію или ограниченію отвѣтственности, возложенной на желѣзно-дорожныя и пароходныя предпріятія за смерть и поврежденіе здоровья, причиненныя при эксплоатаціи, признаются недѣйствительными. g) Тяжелая отвѣтственность, возложенная на эти предпріятія, смягчается нѣсколько сокращеніемъ исковой давности: для начатія исковъ по дѣламъ о вознагражденіи полагается годичный срокъ, который увеличивается до двухъ лѣтъ, если несчастіе послѣдовало на пароходѣ въ морскихъ водахъ.

2. Отвѣтственность желѣзной дороги за утрату и поврежденіе груза, послѣдовавшія въ теченіе времени отъ заключенія договора до выдачи груза, не обусловлена доказательствомъ ея виновности и не отпадаетъ съ доказательствомъ ея невиновности. Желѣзная дорога отвѣчаетъ, если не докажетъ, что утрата или поврежденіе произошли: a) по винѣ лица, имѣющаго право распоряженія грузомъ, b) по причинѣ отсутствія или недостаточности упаковки, c) отъ свойствъ самого груза, какъ-то: внутренней порчи, усышки, утечки, раструски въ предѣлахъ установленной нормы, d) отъ непреодолимой силы (т. XII ч. 1, уст. жел. дор. ст. 102).

B. Сходной отвѣтственности подлежатъ *товарные склады*. Складъ отвѣтствуетъ за утрату или поврежденіе принятаго имъ на храненіе товара, если не докажетъ, что они не могли быть предотвращены средствами склада и произошли a) отъ непреодолимой силы, или b) отъ свойствъ самого товара, или c) по причинѣ недостатковъ упаковки, которые не могли быть замѣчены по наружному виду при пріемѣ товара на храненіе. Всякія предварительныя, на случай могущихъ послѣдовать утраты или поврежденія товара, сдѣлки и соглашенія складовъ съ товарохозяевами, клонящіяся къ измѣненію ихъ отвѣтственности или къ совершенному освобожденію отъ нея, признаются недѣйствительными (т. XI ч. 2, уст. торг. ст. 779 и 781). Еще болѣе строгая отвѣтственность падаетъ на товарные склады за храненіе товаровъ, подлежащихъ обезличенію, потому что, по заявленію закона, склады не освобождаются отъ обязанности выдать товаръ того же сорта въ случаѣ утраты или поврежденія «по какимъ бы то ни было причинамъ» (ст. 817).

C. Наиболѣе строгой отвѣтственности подлежатъ у насъ *предпріятія фабричнозаводской, горной и горнозаводской промышленности* за несчастные случаи, имѣвшія своимъ послѣдствіемъ смерть или увѣчье рабочихъ при производствѣ ими работъ (т. XII ч. 2, уст. пром. ст. 156[19] прил. по Прод. 1906). Отвѣтственность за смерть и увѣчье опредѣляется слѣдующими условіями. a) Отвѣтственности подлежатъ фабричныя и заводскія предпріятія, принадлежащія частнымъ лицамъ, земствамъ и городамъ, но не казнѣ; изъемлются отъ дѣйствій этихъ правилъ предпріятія сельско-хозяйственной промышленности. Мастерскія и иныя промышленныя заведенія частныхъ желѣзнодорожныхъ и пароходныхъ предпріятій отвѣчаютъ по ст. 683 т. X ч. 1. b) Право на вознагражденіе имѣютъ рабочіе, безъ различія пола и возраста, но не всякіе служащіе и не посторонніе, а въ случаѣ смерти рабочаго—его семья, къ составу которой законъ причисляетъ: вдову (но не вдовца), дѣтей законныхъ, узаконенныхъ, усыновленныхъ и внѣбрачныхъ, а равно воспитанниковъ и пріемышей, восходящихъ родственниковъ, братьевъ и сестеръ, если они круглыя сироты, до 15 лѣтъ. c) Отвѣтственность падаетъ на предпріятія за смерть или увѣчье, причиненныя рабочимъ «по производству предпріятія» или происшедшихъ вслѣдствіе такихъ работъ. d) Вознагражденіе потерпѣвшихъ производится въ видѣ пособій, назначаемыхъ въ случаяхъ временной утраты трудоспособности, или пенсій, назначаемыхъ въ случаяхъ постоянной утраты трудоспособности, а также смерти. Законъ стремится по возможности точно опредѣлить размѣръ причитающагося вознагражденія. Особенность получаемыхъ пенсій и пособій обнаруживается въ томъ, что на нихъ не могутъ быть обращаемы ни частныя, ни казенныя взысканія по долгамъ и недоимкамъ, причитающимся съ рабочихъ и ихъ семействъ. e) Предпріятіе освобождается отъ обязанности вознаграждать рабочихъ и членовъ ихъ семействъ только въ томъ случаѣ, если докажетъ, что причиною несчастнаго случая были злой умыселъ самого потерпѣвшаго или грубая неосторожность его, не оправдываемая условіями и обстановкою производства работъ. Слѣдовательно, предпріятіе не только не можетъ доказывать свою невиновность, но даже не можетъ ссылаться на непреодолимую силу. Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ постановляетъ, что владѣльцы предпріятій, страхующіе рабочихъ и служащихъ отъ послѣдствій несчастныхъ случаевъ въ дѣйствующихъ въ Россіи страховыхъ обществахъ и учре-

жденіяхъ на условіяхъ, не менѣе благопріятныхъ для потерпѣвшихъ и членовъ ихъ семействъ, чѣмъ предусмотрѣнныя правилами, освобождаются отъ возлагаемыхъ на нихъ послѣдними обязанностей. Такимъ положеніемъ ясно выдвигается страховая функція отвѣтственности этого рода. f) Всякія предшествовавшія несчастному случаю соглашенія, клонящіяся къ ограниченію права на вознагражденіе или его размѣровъ, признаются недѣйствительными. Мировыя сдѣлки между потерпѣвшимъ или членами его семейства съ владѣльцемъ предпріятія допустимы лишь при участіи органовъ власти, какъ фабричный инспекторъ или судъ (уст. гражд. суд. ст. 1357[1]) и заключенныя инымъ порядкомъ не лишаютъ права на искъ (кас. рѣш. 1909, № 69). g) Строгой отвѣтственности соотвѣтствуетъ сокращенная давность, а именно 2 года со дня несчастнаго случая или со дня смерти.

VI. Отвѣтственность за другихъ. По общему правилу, каждый отвѣчаетъ только за свои дѣйствія и упущенія, поэтому, напр., домовладѣлецъ не отвѣчаетъ за убытки, причиненные однимъ квартирантомъ другому. Однако, въ нѣкоторыхъ случаяхъ закономъ устанавливается отвѣтственность однихъ лицъ за другихъ. Отвѣтственность за другихъ имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда одни лица обязаны имѣть надзоръ за другими, 2) когда одни лица исполняютъ порученіе другихъ, 3) когда правонарушеніе совершено въ соучастіи, 4) когда имущество виновника перешло по наслѣдству.

Разсматривая эти случаи, мы должны придти къ заключенію, что они не нарушаютъ основного принципа, въ силу котораго каждый отвѣчаетъ только за свои дѣйствія. Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ лицо только повидимому отвѣчаетъ за чужія дѣйствія, а на самомъ дѣлѣ оно отвѣчаетъ за свои дѣйствія. Въ первыхъ двухъ случаяхъ родители, опекуны, хозяева отвѣчаютъ за недостатокъ надзора, вмѣняемаго имъ закономъ въ отношеніи тѣхъ лицъ, которыя совершили недозволенныя дѣйствія,—слѣдовательно они сами совершаютъ недозволенныя дѣйствія, совершаютъ по собственной винѣ противозаконное упущеніе. Виновность въ третьемъ случаѣ не подлежитъ сомнѣнію, такъ какъ соучастіе само по себѣ наказуемо. Наконецъ, послѣдній случай представляетъ только послѣдовательное проведеніе начала общаго преемства. Сенатъ, однако, видитъ здѣсь отвѣтственность за другихъ. «По общему правилу, вы-

ражешному въ ст. 684 т. X ч. 1, каждый отвѣчаетъ только за свои дѣйствія или упущенія, отвѣтственность же за чужія дѣйствія представляетъ исключеніе изъ этого правила, никогда не предполагается и возлагается лишь въ случаяхъ, точно опредѣленныхъ закономъ» (кас. рѣш. 1910, № 18).

1. *Родители и опекуны*, какъ лица, обязанныя къ надзору за состоящими на ихъ попеченіи малолѣтними, сумасшедшими, должны отвѣчать за убытки, причиненные послѣдними, все равно, будетъ ли это дѣйствіе преступленіемъ или нѣтъ (т. X ч. 1 стт. 653, 654 и 686). Ихъ отвѣтственность основывается на предполагаемой небрежности, на упущеніи въ принятіи необходимыхъ и возможныхъ мѣръ предупрежденія. Поэтому, если родители или опекуны докажутъ, что не имѣли средствъ предупредить вредныя дѣйствія малолѣтнихъ или сумасшедшихъ, то освобождаются отъ отвѣтственности. Малолѣтній, дѣйствовавшій, по признанію суда, съ разумѣніемъ, и несовершеннолѣтній во всякомъ случаѣ отвѣчаютъ сами своимъ имуществомъ за свои дѣйствія.

2. *Господа и вѣрители* (commettans, фр. гр. код. § 1384) отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ слугами и повѣренными при исполненіи ихъ порученій, сообразно съ приказаніемъ или полномочіемъ (т. X ч. 1 ст. 687). Слѣдуетъ замѣтить, что полномочіе опредѣляетъ кругъ разрѣшаемыхъ довѣренному сдѣлокъ, а потому изъ полномочія не можетъ вытекать преступное правонарушеніе. Порученіе совершить преступное дѣйствіе есть уже соучастіе въ уголовномъ преступленіи и потому обсуждается не на основаніи разсматриваемой статьи. Хозяинъ и препоручитель отвѣчаютъ лишь за такія дѣйствія своихъ помощниковъ и исполнителей, которыя совершаются при исполненіи даннаго имъ порученія и сообразно порученію (кас. рѣш. 1873, № 1020). Отвѣтственность господина за правонарушительное дѣйствіе слуги, совершонное согласно данному приказанію, основывается на винѣ самого хозяина, которая выражается или въ недостаткѣ выбора или въ недостаткѣ надзора. Недостатокъ выбора можетъ проявиться въ томъ, что къ исполненію порученія привлеченъ человѣкъ, не обладающій соотвѣтствующими познаніями или не обезпечивающій правильности исполненія по своимъ личнымъ свойствамъ. Напр., содержатель автомобилей отвѣчаетъ за вредъ, причиненный шоффероиъ вслѣдствіе того, что онъ не умѣетъ управлять экипажемъ или вслѣдствіе того, что онъ

отличается нетрезвымъ поведеніемъ. Недостатокъ надзора можетъ проявиться въ томъ, что за исполнителемъ не было наблюденія, способнаго предупредить его вредоносныя дѣйствія. По недостатку надзора долженъ отвѣчать содержатель ресторана за пропажу шубы, отданной швейцару (кас. рѣш. 1900, № 79), наниматель квартиры отвѣчаетъ передъ домохозяиномъ за подмочку потолка, вызванную незакрытіемъ по упущенію прислуги водопроводнаго крана въ ванной (кас. рѣш. 1903, № 12). Отвѣтственность хозяевъ имѣетъ мѣсто только тогда, когда вредъ причиняется при исполненіи порученія, напр., господинъ приказываетъ своему кучеру быстро ѣхать по многолюдной улицѣ, и въ результатѣ оказывается раздавленный человѣкъ, но тотъ же господинъ не отвѣчаетъ, если его кучеръ, поссорившись съ поваромъ, разорветъ на немъ пальто. При требованіи вознагражденія за вредъ, причиненный исполнителями порученія, не истецъ долженъ доказывать вину хозяина или препоручителя, а хозяинъ или препоручитель обязанъ опровергнуть направленное противъ него предположеніе, путемъ установленія своей невиновности (кас. рѣш. 1906, № 31).

3. Въ случаѣ *соучастія* каждый изъ виновниковъ самъ на себѣ несетъ уголовную отвѣтственность. Гражданская отвѣтственность обсуждается по другимъ началамъ. Если преступленіе учинено будетъ нѣсколькими лицами, но безъ предварительнаго ихъ между собою на то соглашенія, то каждый изъ виновныхъ отвѣтствуетъ и обязанъ вознаградить именно тѣ убытки, которые причинены его дѣйствіями. Но, a) когда окажется невозможнымъ опредѣлить съ точностью количество вреда, причиненнаго каждымъ изъ виновныхъ, а также b) когда преступленіе учинено по предварительному соглашенію, то всѣ виновники платятъ поровну съ тѣмъ, что если кто-либо окажется несостоятельнымъ, то слѣдующая съ него часть разлагается на прочихъ участниковъ (т. X ч. 1 ст. 648—650). Здѣсь наше законодательство расходится съ западными, которыя въ случаѣ соучастія устанавливаютъ не долевую, а солидарную отвѣтственность всѣхъ соучастниковъ (герм. гражд. улож. §§ 830 и 840, швейц. обяз. законъ § 50). Кромѣ того, по русскому праву укрыватели несутъ только субсидіарную отвѣтственность, т.-е. обязаны платить вознагражденіе лишь тогда, когда главные виновные не въ состояніи возмѣстить убытки (т. X ч. 1 ст. 652).

4. Наказаніе, назначенное извѣстному лицу, отпадаетъ со смертью его. Но обязанность возмѣщенія причиненнаго вреда, устанавливающая обязательственное отношеніе въ моментъ совершоннаго правонарушенія, *переходитъ вмѣстѣ съ наслѣдствомъ*. Искъ о вознагражденіи за правонарушеніе, учиненное наслѣдодателемъ, м жетъ быть непосредственно предъявленъ къ наслѣднику (улож. о наказ. стт. 59 и 61; кас. рѣш. 1895, № 10). Отвѣтственность наслѣдника за дѣйствія наслѣдодателя объясняется тѣмъ, что онъ принимаетъ на себя эту отвѣтственность вмѣстѣ съ наслѣдствомъ. Если онъ отказывается отъ наслѣдства, то онъ и не отвѣчаетъ, потому что на немъ лично вины нѣтъ.

VII. Отдѣльные виды правонарушеній. Всякое субъективное право, имѣющее въ себѣ имущественный интересъ, допускаетъ нарушеніе его, которое повлечетъ для виновника обязанность возмѣщенія вреда. Нѣкоторыя изъ гражданскихъ правонарушеній заслуживаютъ, однако, особеннаго вниманія.

1. Лицо, виновное въ *лишеніи другого жизни* или въ *поврежденіи его здоровья*, обязывается возмѣстить весь матеріальный вредъ, причиненный преступленіемъ. Вознагражденіе состоитъ изъ слѣдующихъ элементовъ: a) виновникъ долженъ возвратить издержки на леченіе и на похороны, если наступила смерть (т. X ч. 1 стт. 658 и 660). b) Если отъ учиненнаго преступленія кто-либо потерпѣлъ такое разстройство въ здоровьѣ, что лишится черезъ то возможности снискивать пропитаніе своимъ трудомъ, то виновный обязывается обезпечить навсегда его матеріальное существованіе (т. X ч. 1 ст. 661). c) Когда установлено будетъ, что лишившійся вслѣдствіе преступленія жизни содержалъ своимъ трудомъ родителей, жену или дѣтей, то, если они не имѣютъ другихъ средствъ существованія, виновный долженъ обезпечить этимъ лицамъ содержаніе до полученія каждымъ изъ нихъ другихъ средствъ существованія. При опредѣленіи величины вознагражденія должны быть приняты во вниманіе два мѣрила: прежній образъ жизни оставшейся семьи и имущественная состоятельность виновника (т. X ч. 1 ст. 657). Въ нашей практикѣ возникъ вопросъ, въ правѣ ли внѣбрачный ребенокъ, въ лицѣ опеки, требовать отъ виновника смерти его отца возмѣщенія ущерба, причиненнаго утратою того, кто выдавалъ ему содержаніе. Сомнѣніе возбуждала ст. 657, которая, повидимому, предусматриваетъ

только законный составъ семьи. Однако, Сенатъ призналъ, что законъ 3 іюня 1902 года, причисливъ къ числу лицъ, имѣющихъ право на содержаніе, и внѣбрачныхъ дѣтей, тѣмъ самымъ предоставилъ и дѣтямъ, рожденнымъ внѣ брака, требовать отъ виновника смерти отца вознагражденія за убытки отъ происшедшаго несчастія. Такое требованіе совмѣстимо съ одновременнымъ требованіемъ вознагражденія со стороны законной семьи (кас. рѣш. 1909, № 2). Въ пониманіи круга лицъ, имѣющихъ право, въ качествѣ членовъ семейства, требовать вознагражденія, Сенатъ обнаруживаетъ тенденцію къ возможному его расширенію. Помимо жены, дѣтей и родителей, къ этому кругу пріобщаются: мужъ въ случаѣ смерти жены, какъ помощницы ему въ веденіи хозяйства (кас. рѣш. 1899, № 31), сестры, которыя жили на средства убитаго брата (кас. рѣш. 1903, № 105), воспитанники, взятые на попеченіе, хотя и не усыновленные. Гдѣ же общій принципъ къ пониманію состава лицъ, имѣющихъ право на содержаніе? Такимъ принципомъ можетъ быть только основанная на законѣ обязанность содержанія и связанное съ этимъ нарушеніе субъективнаго права. Между тѣмъ Сенатъ въ однихъ случаяхъ выдвигаетъ обязанность содержанія (кас. рѣш. 1904, № 120), а въ другихъ фактъ содержанія (кас. рѣш. 1906, № 83). Можно себѣ представить, что убитый a) обязанъ былъ содержать данное лицо и, въ дѣйствительности, содержалъ его, b) обязанъ былъ содержать, хотя и не содержалъ, c) содержалъ, хотя и не обязанъ былъ содержать. Въ первыхъ двухъ случаяхъ право на вознагражденіе должно быть признано, въ послѣднемъ должно быть отвергнуто. Ради гуманности конкретной не слѣдуетъ упускать изъ виду начало законности, въ которомъ заключена высшая абстрактная гуманность.

2. Законодательство наше предусматриваетъ цѣлый рядъ преступленій *противъ женской чести*, соединенныхъ съ обязанностью вознагражденія. Въ основаніи этой обязанности лежитъ то соображеніе, что имущественная обезпеченность женщинъ въ большинствѣ случаѣ зависитъ отъ замужества, а всякая тѣнь, падающая на репутацію женщины, вредитъ выходу ея замужъ. Сюда относятся: изнасилованіе дѣвицы (т. X ч. 1 ст. 663, улож. наказ. ст. 1528, прим.), похищеніе ея противъ воли (т. X ч. 1 ст. 664), причиненіе какимъ-либо средствомъ неизгладимаго обезображенія на лицѣ дѣвицы или вдовы (т. X ч. 1 ст. 662). Кромѣ того, виновникъ обязывается

возвратить расходы на леченіе, если преступленіе противъ чести сопровождалось болѣзнью потерпѣвшей. Если подвергшаяся изнасилованію дѣвица не имѣетъ средствъ къ существованію, то изъ имѣнія лица, виновнаго въ изнасилованіи, должно быть, по требованію ея, или ея родителей, или опекуновъ, обезпечено приличное ея состоянію, соразмѣрное съ имуществомъ виновнаго, содержаніе, до выхода ея въ замужество, и возвращены всѣ употребленныя на ея излеченіе и попеченіе о ней во время леченія издержки, если послѣдствіемъ изнасилованія была болѣзнь изнасилованной. Сходное правило дѣйствуетъ на случай недѣйствительнаго брака, совершеннаго по принужденію и обману (стт. 663 и 666 т. X ч. 1, измѣненныя по закону 3-го іюня 1902 года, одновременно съ отмѣною ст. 994 улож. наказ.).

3. Каждый отвѣчаетъ за вредъ, причиненный принадлежащими ему *животными*. Этотъ вредъ можетъ заключаться въ лишеніи жизни и поврежденіи здоровья другихъ лицъ или въ поврежденіи чужого имущества. Въ томъ и другомъ случаѣ собственникъ обязывается возмѣстить убытки, причиненные неосторожнымъ обращеніемъ съ животными, недостаточнымъ надзоромъ за ними. Вредъ, произведенный дикими животными, подлежитъ возмѣщенію во всякомъ случаѣ, такъ какъ самый фактъ возможности съ ихъ стороны вредныхъ дѣйствій указываетъ на несоблюденіе мѣръ, необходимыхъ для огражденія общественной безопасности (уст. наказ. ст. 120), напр., когда вырвется тигръ изъ звѣринца и загрызетъ лошадь проѣзжающаго извозчика. За вредъ, причиненный домашними животными, отвѣчаетъ собственникъ, точно такъ же, если только съ его стороны не приняты установленныя мѣры къ отвращенію опасности (уст. наказ. ст. 121), напр., не надѣтъ намордникъ на собаку, выпущены на свободу свиньи, разрывшія сосѣдній огородъ. Собственникъ не отвѣчаетъ за вредъ, причиненный домашними животными, если онъ вызванъ дѣйствіями самого потерпѣвшаго, напр., когда раздразнена собака, или случайнымъ обстоятельствомъ, напр., когда лошадь, испуганная военною музыкою, бросилась въ сторону и задавила людей или поломала вещи. Собственникъ не можетъ жаловаться на убійство или изувѣченіе его животнаго, напавшаго на человѣка (уст. пред. прест. ст. 224), если только нападеніе послѣднимъ не вызвано. Если собственникъ отвѣчаетъ за неосторожность, то тѣмъ болѣе онъ отвѣтственъ за умыселъ: кто будетъ травить

кого-либо собакою или другимъ звѣремъ или гнать на него какое-либо животное или же инымъ образомъ посредствомъ животнаго причинитъ умышленно кому-либо вредъ, тотъ обязанъ вознаградить за послѣдовавшіе отъ того вредъ и убытки (т. X ч. 1 ст. 656). Такъ какъ эта отвѣтственность основывается на предположеніи недостаточнаго надзора, то она переходитъ съ собственника на то лицо, которому собственникъ передастъ принадлежащее ему животное, а слѣдовательно и надзоръ, напр., собаку для охоты.

4. Виновные въ лѣсныхъ *порубкахъ* (уст. наказ. стт. 154, 155 и 156) обязаны уплатить въ пользу собственника лѣса двойную стоимость похищеннаго, самовольно срубленнаго, поврежденнаго или незаконно пріобрѣтеннаго лѣса или противозаконно изготовленныхъ лѣсныхъ издѣлій по таксѣ, составляемой въ особомъ порядкѣ. Это взысканіе имѣетъ въ виду покрыть тотъ вредъ лѣсу, который трудно поддается опредѣленію, а потому представилъ бы большія затрудненія при доказываніи убытковъ со стороны потерпѣвшаго. Независимо отъ этой суммы, въ пользу собственника отбирается срубленный лѣсъ и противозаконно приготовленныя изъ него издѣлія, а въ случаѣ невозможности этого,—въ пользу собственника деревъ взыскивается стоимость ихъ также по таксѣ (уст. наказ. ст. 158[1]).

5. Особый способъ вознагражденія установленъ *за личную обиду*. Личное оскорбленіе не допускаетъ никакой имущественной оцѣнки, потому что оно причиняетъ нравственный, а не имущественный вредъ, если только обида не отражается косвенно на матеріальныхъ интересахъ, наприм., на кредитѣ оскорбленнаго (т. X ч. 1 ст. 670). Помимо послѣдняго случая, личное оскорбленіе можно преслѣдовать только въ уголовномъ порядкѣ, требуя наказанія виновнаго. Но законъ нашъ, рядомъ съ уголовнымъ удовлетвореніемъ (уст. наказ. ст. 130—135), предоставляетъ на выборъ потерпѣвшему право требовать въ свою пользу платежа пени, являющейся остаткомъ того времени, когда всѣ наказанія носили частный характеръ. Размѣръ пени или такъ называемаго безчестія, смотря по состоянію или званію обиженнаго и по особымъ отношеніямъ обидчика къ обиженному не превышаетъ 50 рублей. Преслѣдованіе въ гражданскомъ порядкѣ несовмѣстимо съ преслѣдованіемъ въ уголовномъ. Здѣсь-то съ наглядностью выступаетъ нецѣлесообразность принципа возмѣщенія такъ наз. нравственнаго вреда матеріальными средствами. Развѣ какой-нибудь порядочный человѣкъ

позволитъ себѣ воспользоваться ст. 670 для того, чтобы цѣною собственнаго достоинства получить мнимое возмѣщеніе? Развѣ законъ этотъ не стоитъ препятствіемъ на пути укрѣпленія въ каждомъ человѣкѣ уваженія къ личности, поддерживая въ малосостоятельныхъ лицахъ, напр., лакеяхъ при ресторанахъ, надежду «сорвать» нѣкоторую сумму денегъ за поступки богатаго купчика, которые должны были бы возбудить оскорбленіе нравственныхъ чувствъ и заставить испытать именно нравственный вредъ. Отмѣна такого закона была бы крупнымъ шагомъ впередъ.

6. Особый видъ правонарушеній, предусмотрѣнныхъ нашимъ законодательствомъ, составляетъ *нарушеніе авторскаго права.* Новый законъ 20 марта 1911 года предусматриваетъ двоякія послѣдствія такого правонарушенія, гражданскія и уголовныя. Съ гражданской стороны потерпѣвшему предоставляется искъ опять-таки двоякаго рода: искъ объ убыткахъ и искъ объ отобраніи орудій правонарушенія. а) Искъ объ убыткахъ не строится на принципѣ вины. Правда, законъ говоритъ, что лицо, умышленно или по неосторожности нарушившее права автора или его преемниковъ, обязано вознаградить за весь причиненный ему убытокъ (ст. 21). Но и при отсутствіи вины, когда лицо дѣйствовало добросовѣстно и нарушило авторское право по извинительной ошибкѣ, оно все же отвѣтствуетъ передъ авторомъ или его правопреемниками за причиненный имъ убытокъ, только ограничивается предѣлъ отвѣтственности, а именно въ размѣрѣ, не превышающемъ полученной прибыли (ст. 22). b) Искъ объ отобраніи направленъ къ тому, чтобы изданные экземпляры, а также орудія, изготовленныя исключительно для этого изданія, были переданы по оцѣнкѣ потерпѣвшей сторонѣ въ счетъ суммы вознагражденія, или же приведены въ состояніе, негодное къ употребленію (ст. 24). Искъ объ отобраніи имѣетъ силу не только противъ нарушителя, но противъ всѣхъ, у кого бы предметы правонарушенія не оказались (ст. 24). Иски, вытекающія изъ нарушенія авторскаго права погашаются пятилѣтнею давностью (ст. 26). Эти иски могутъ быть предъявлены, по усмотрѣнію истца, въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства безъ возбужденія уголовнаго дѣла (ст. 25). Основною особенностью иска объ убыткахъ, причиненныхъ нарушеніемъ авторскаго права, слѣдуетъ признать возможность для суда опредѣлять размѣръ вознагражденія по справедливому усмотрѣнію (ст. 23).

§ 53.

Обязательства, возникающія изъ незаконнаго обогащенія.

Литература: Гриммъ, *Очерки по ученію объ обогащеніи*, 3 вып. 1891—1893; Розенблюмъ, *Неправомѣрное обогащеніе* („Юр. В.“, 1889. № 2); Полетаевъ, *Иски изъ незаконнаго обогащенія* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1892, № 3); Петражицкій, *Иски о незаконномъ обогащеніи въ 1 ч. X т.* („В. Пр.“, №№ 1, 2, 3, 4, 5).

I. Общее понятіе. Къ источникамъ обязательственныхъ отношеній, кромѣ договора и правонарушенія, относится незаконное или неосновательное обогащеніе. *Обогащеніе одного лица за счетъ другого безъ достаточнаго юридическаго основанія создаетъ обязанность возвратить присоединившуюся цѣнность.* Иначе это положеніе выражается такъ: никто не долженъ обогащаться въ ущербъ другому. Однако, въ такой формѣ принципъ можетъ повести къ ошибочному заключенію, будто законъ преслѣдуетъ всякую сдѣлку, результатомъ которой является пріобрѣтеніе однимъ лицомъ цѣнности, превышающей отдаваемый другому эквивалентъ. Ежедневно совершается масса мѣновыхъ актовъ, имѣющихъ своимъ содержаніемъ передачу далеко не равныхъ цѣнностей, ежедневно одинъ купецъ получаетъ прибыль за счетъ другого, менѣе удачливаго и вытѣсняемаго съ рынка, конкурента. Такія сдѣлки не противорѣчатъ современному правовому порядку и экономическимъ взглядамъ общества. Только при наличности нѣкоторыхъ условій, удостовѣряющихъ несоотвѣтствіе сдѣлки съ правовымъ порядкомъ, возникаютъ право и обязанность возвращенія присоединившейся цѣнности. Разсмотримъ признаки наличности обогащенія за чужой счетъ и условій, при которыхъ возникаетъ обязательство возвращенія.

а. Предполагается прежде всего *обогащеніе*, которое состоитъ въ увеличеніи цѣнности имущества, присоединеніемъ къ нему новой или въ сохраненіи той, которая должна бы выйти изъ состава имущества. Такой результатъ получается, съ одной стороны, вслѣдствіе пріобрѣтенія права собственности, установленія сервитута, права требованія, съ другой стороны—освобожденіемъ отъ долга, сбереженіемъ расходовъ. Если въ моментъ предъявленнаго требованія о возвращеніи недолжно полученнаго вещь погибла случайно, то искъ представляется

лишеннымъ основанія, напр., сгорѣлъ домъ, переданный въ формѣ приданнаго къ несостоявшемуся браку.

b. Необходимо, чтобы обогащеніе одного лица произошло *за счетъ другого*, чтобы имущество другого лица потерпѣло уменьшеніе, вслѣдствіе выбытія изъ его состава нѣкоторой цѣнности или вслѣдствіе непоступленія той, которая должна была войти въ его составъ. Но уменьшеніе имущества не должно непремѣнно соотвѣтствовать увеличенію его на другой сторонѣ. Въ самомъ дѣлѣ, вещь, полученная отъ другого, можетъ быть продана значительно ниже дѣйствительной ея стоимости: изъ переданной пары лошадей одна могла пасть. Въ этихъ случаяхъ величина обогащенія ниже величины цѣнности, на которую уменьшается имущество другого. Но можетъ быть наоборотъ. Къ переданной лошади подбирается подъ масть другая, и цѣнность пары возвышается; полученный капиталъ могъ быть обращенъ на весьма выгодныя операціи, тогда какъ прежде онъ лежалъ въ банкѣ.

c. Главнымъ условіемъ для установленія обязательственнаго отношенія является *обогащеніе безъ законнаго основанія* при переходѣ цѣнности отъ одного лица къ другому. т.-е. при обогащеніи одного въ ущербъ другому (кас. рѣш. 1909, № 85). Если одно лицо передаетъ другому цѣнность или освобождаетъ отъ передачи въ виду извѣстнаго основанія, которое въ дѣйствительности отсутствуетъ или отпадаетъ, то переходъ цѣнностей при такихъ условіяхъ противорѣчилъ бы волѣ субъектовъ того и другого имущества. Таковъ случай платежа мнимаго долга, когда лицо исполняетъ обязательство въ ошибочномъ предположеніи его существованія или дѣйствительности. Здѣсь имущество одного лица обогащается на передаваемую другимъ лицомъ цѣнность, потому что предполагается наличность основанія, котораго въ дѣйствительности нѣтъ. Если бы передающее лицо не заблуждалось на этотъ счетъ, то оно бы не передало цѣнности.

Характеризуемое приведенными признаками незаконное обогащеніе отличается и отъ договора и отъ правонарушенія. 1) Для договора необходимо соглашеніе, для наличности незаконнаго обогащенія это представляется излишнимъ, напр., при затратѣ на ремонтъ чужого дома. Если даже оно вытекаетъ изъ соглашенія, то все-таки въ основаніи его лежитъ существенное заблужденіе, напр., при платежѣ недолжнаго. Если обѣ стороны согласились, то какъ бы выгодна ни была

сдѣлка для одного изъ контрагентовъ, она не подойдетъ подъ случай незаконнаго обогащенія и не послужитъ поводомъ къ возвращенію полученнаго. 2) Для правонарушенія необходимъ умыселъ или неосторожность въ причиненіи другому вреда, между тѣмъ какъ въ случаѣ незаконнаго обогащенія нѣтъ ни того, ни другого, и принимающій цѣнность дѣйствуетъ добросовѣстно. Обогащеніе является стеченіемъ обстоятельствъ, обогатившихъ одно лицо помимо его воли въ ущербъ другому, какъ, напр., въ случаѣ веденія чужихъ дѣлъ безъ порученія. При полученіи недолжнаго предполагается также невѣдѣніе со стороны получающаго объ отсутствіи основанія для платежа. Если же онъ зналъ, то совершилъ обманъ, и его отвѣтственность обсуждается по началамъ обязательствъ, возникающихъ изъ правонарушенія. Второе существенное различіе правонарушенія и незаконнаго обогащенія состоитъ въ томъ, что правонарушеніе создаетъ обязанность вознаградить за причиняемый вредъ, а незаконное обогащеніе—обязанность возвратить полученную цѣнность. Отсюда уже слѣдуетъ различіе въ объемѣ отвѣтственности. Виновный въ правонарушеніи обязанъ вознаградить весь причиненный его виною ущербъ, тогда какъ незаконно обогатившійся можетъ отвѣчать только въ объемѣ обогащенія, хотя бы величина эта не соотвѣтствовала размѣру причиненнаго этимъ обстоятельствомъ ущерба.

Объемъ требованія долженъ сообразоваться не съ тѣмъ, сколько вреда испыталъ истецъ, но съ тѣмъ, насколько обогатился отвѣтчикъ. Когда въ обладаніи послѣдняго находился капиталъ, то при возвращеніи его должны быть уплачены и узаконенные проценты, если капиталъ находился въ обращеніи, но не больше, потому что доходъ, полученный отвѣтчикомъ свыше обычной нормы, обусловливается не обогащеніемъ, а еще личными свойствами его, предпріимчивостью, которою истецъ не могъ и не долженъ пользоваться. Если, съ другой стороны, отвѣтчикъ понесъ извѣстнаго рода расходы на сохраненіе, улучшеніе вещи, то сумма эта должна быть вычтена изъ той, которая выражаетъ объемъ его обогащенія.

II. Обоснованіе обязательства. Незаконное обогащеніе за чужой счетъ создаетъ обязательственное отношеніе между лицомъ обогатившимся и лицомъ потерпѣвшимъ отъ того матеріальный вредъ. На чемъ основывается юридически такое обязательство?

Новѣйшія законодательства устанавливаютъ закономъ обя-

занность возвратить полученное безъ законнаго основанія (герм. гражд. улож. § 812, швейц. обяз. законъ, § 62). Слѣдовательно, обогатившійся обязанъ возвратить потерпѣвшему потому, что такъ повелѣваетъ законъ. А если законодательство той или другой страны, напр., Франціи, не устанавливаетъ такой обязанности? Совершенно невозможно согласиться съ мнѣніемъ Пляньоля, который полагаетъ, что обоснованіе обязанности возвратить полученное безъ законнаго основанія, при молчаніи положительнаго закона, слѣдуетъ видѣть въ естественномъ правѣ. Также нельзя признать правильнымъ взглядъ Эннекцеруса, что основаніе требованія возвратить лежитъ въ томъ, что обогащеніе не можетъ быть оправдано, т.-е. что оно не отвѣчаетъ справедливости. Ни естественное право, ни справедливость источниками права считаться не могутъ.

Русское законодательство не предусматриваетъ случая незаконнаго обогащенія за чужой счетъ, какъ источника обязательства, но нашей практикѣ неоднократно приходилось встрѣчаться съ требованіями возвратить недолжно полученное или сохраненное. Въ поискахъ обоснованія обязательства на данныхъ положительнаго законодательства, Сенатъ остановился на ст. 574 т. X ч. 1, которая гласитъ: какъ по общему закону никто не можетъ быть безъ суда лишенъ правъ, ему принадлежащихъ, то всякій ущербъ въ имуществѣ и причиненные кому-либо вредъ или убытки съ одной стороны налагаютъ обязанность доставлять, а съ другой, производятъ право требовать вознагражденія. Сначала Сенатъ рѣшительно высказался, что изъ ст. 574 вытекаетъ начало, что никто не можетъ безъ законнаго основанія обогащаться на счетъ другого (кас. рѣш. 1878, № 85), а потомъ сталъ ссылаться не столько на смыслъ самаго закона, сколько на обоснованность ст. 574 «на общихъ началахъ справедливости» (кас. рѣш. 1883, № 32), пока не остановился уже просто на «общемъ положеніи права» (кас. рѣш. 1891, № 81). Дѣйствительно, почва подъ ногами Сената въ данномъ вопросѣ представляется довольно шаткой. Ст. 574 открываетъ собою въ т. X ч. 1 отдѣлъ о правѣ вознагражденія за понесенные вредъ и убытки, причиненные чужими дѣйствіями, имѣющими характеръ правонарушенія, а мы уже видѣли, какое глубокое различіе между правонарушеніемъ и незаконнымъ обогащеніемъ. Болѣе осторожно поступаетъ Анненковъ, который ищетъ основанія не въ самой

ст. 574, а въ одномъ изъ источниковъ, на которыхъ она построена, а именно на установленной закономъ 1851 года обязанности помѣщика заплатить выводныя деньги другому помѣщику въ томъ случаѣ, когда бѣглый мужикъ перваго женился на бѣглой дѣвкѣ второго, право на которую переходило къ помѣщику, кому принадлежалъ мужъ. Но, если дѣйствительно это положеніе могло способствовать болѣе широкой редакціи ст. 574, то все же мы принуждены считаться съ тѣмъ, что она есть, а не съ тѣмъ, что она могла бы быть. Еще менѣе можно искать обоснованія въ ст. 609 т. X ч. 1, согласно которой всякій, владѣвшій незаконно чужимъ имуществомъ, обязанъ немедленно возвратить имущество настоящему хозяину онаго. Въ этой статьѣ устанавливается виндикаціонный искъ, который предполагаетъ, что лицо, къ которому онъ обращенъ, не пріобрѣло права собственности на вещь, тогда какъ искъ по незаконному обогащенію допускаетъ, что лицо, къ которому онъ обращенъ, стало уже собственникомъ. Также неправильно строить обоснованіе разсматриваемаго обязательства на почвѣ принциповъ, что «въ гражданскомъ оборотѣ безмездный переходъ цѣнностей не предполагается» (кас. рѣш. 1907, № 81), потому что здѣсь обязанность возврата основывается на обогащеніи за чужой счетъ безъ достаточнаго экономическаго, а не юридическаго основанія.

Можетъ быть, правильнѣе всего было бы видѣть обоснованіе обязанности возвратить полученное безъ законнаго основанія въ общемъ смыслѣ законовъ, которые устанавливаютъ опредѣленныя формы перехода цѣнностей отъ одного лица къ другому. Переходъ цѣнностей внѣ этихъ формъ противорѣчитъ правовому порядку, и потому присвоившій цѣнность незаконнымъ способомъ обязанъ возвратить ее тому, кому она, согласно объективному праву, принадлежала. Самъ Сенатъ былъ близокъ къ такому обоснованію (кас. рѣш. 1883, № 32).

III. Случаи незаконнаго обогащенія. Случаи подобнаго рода возможны довольно часто и притомъ съ значительнымъ различіемъ въ оттѣнкахъ.

1. Лицо, уплатившее по несуществующему долгу въ предположеніи его существованія, въ правѣ требовать отъ лица, получившаго выгоду, переданное обратно. Такое требованіе предполагаетъ: a) что платежъ дѣйствительно произошелъ въ пользу того лица, къ которому предъявляется искъ; b) что платежъ произошелъ по несуществующему долгу, потому ли,

что никакой сдѣлки не было заключено или что сдѣлка оказалась недѣйствительной, съ самаго начала или позднѣе, но до платежа; c) что платежъ произошелъ въ предположеніи, что долгъ существуетъ, слѣдовательно подъ вліяніемъ ошибки.

2. Лицо, передавшее другому цѣнность или исполнившее въ его пользу услугу въ ожиданіи эквивалента, въ правѣ требовать отъ лица, воспользовавшагося исполненіемъ, полученное обратно, если предположеніе не оправдывается. Такое требованіе предполагаетъ: a) что исполненіе въ смыслѣ передачи, платежа или личной услуги дѣйствительно состоялось; b) что исполненіе состоялось въ ожиданіи эквивалентнаго исполненія, юридически обоснованнаго; c) что ожидаемое эквивалентное исполненіе не послѣдовало, однако, не по винѣ воспользовавшагося уже состоявшимся исполненіемъ.

3. Лицо, произведшее изъ своихъ средствъ расходы въ интересѣ имущества другого, въ правѣ требовать отъ лица, извлекшаго выгоду отъ затратъ, израсходованнаго обратно. Такое требованіе предполагаетъ, a) что расходы дѣйствительно были произведены; b) что отъ произведенныхъ расходовъ произошло приращеніе цѣнности въ имуществѣ другого; c) что лицо, произведшее расходы, не было обязано къ тому ни договоромъ, ни закономъ. Подобные случаи незаконнаго обогащенія чаще всего занимали вниманіе нашей практики. Сенатъ, напр., призналъ, что посторонній человѣкъ, давшій черезъ посредство управляющаго чужимъ имѣніемъ деньги на нужды послѣдняго, безъ воли хозяина имѣнія, въ правѣ требовать съ хозяина возмѣщенія данной суммы (кас. рѣш. 1887, № 13); что банкъ, въ которомъ былъ заложенъ лѣсъ несостоятельнаго должника, въ правѣ, застраховавъ эту цѣнность за счетъ конкурснаго управленія, обязаннаго, какъ добрый хозяинъ, само это сдѣлать, требовать причисленія уплаченной преміи къ издержкамъ конкурсной массы (кас. рѣш. 1909, № 62); что владѣлецъ предпріятія, уплатившій рабочему вознагражденіе за увѣчье, полученное на работахъ, исполняемыхъ подрядчикомъ, въ правѣ взыскать съ послѣдняго выданное вознагражденіе, хотя бы объ этомъ не было заключено съ подрядчикомъ особаго условія (кас. рѣш. 1910, № 18).

ОТДѢЛЪ IV.

Семейное право.

§ 59.

Общее понятіе о семьѣ и семейныхъ правахъ.

Литература: Сокольскій, *Къ ученію объ организаціи семьи и родства въ первобытныхъ обществахъ* („Ж. М. Н. Пр.“, 1881, №№ 4 и 7); Леонтовичъ, *Къ вопросу о происхожденіи семьи вообще и объ ея организаціи по древне-русскому праву* („Ж. М. Ю.“, 1900, №№ 6, 7 и 8); Кавачевскій, *Семейственныя отношенія и будущее гражданское уложеніе* (Юр. В.“, 1887, № 2); Ковалевскій, *О современной русской семьѣ* („Всемірн. Вѣстн.“, 1903, № 2); Боровиковскій, *Конституція семьи по проекту гражданскаго уложенія* („Ж. М. Ю.“, 1902, № 9).

1. Понятіе о семьѣ. Семья есть постоянное сожительство мужа, жены и дѣтей, т.-е. представляетъ собою союзъ лицъ, связанныхъ бракомъ, и лицъ, отъ нихъ происходящихъ. Кругъ лицъ, входящихъ въ этотъ союзъ, неодинаковъ на различныхъ ступеняхъ развитія человѣчества. Подъ вліяніемъ индивидуализма, круги, болѣе отдаленные отъ центра, каковымъ является союзъ супруговъ-родоначальниковъ, постепенно отпадаютъ и понятіе о семьѣ суживается. Современная семья состоитъ только изъ отца, матери и дѣтей, при чемъ послѣднія, по достиженіи возмужалости, въ большинствѣ случаевъ тотчасъ же обособляются въ отдѣльные союзы, мало связанные съ первоначальнымъ. Боковые родственники, не успѣвшіе создать самостоятельной семьи, оставаясь въ союзѣ, составляютъ случайный придатокъ. Вопросъ о томъ, что̀ слѣдуетъ понимать подъ именемъ семьи, не разъ вставалъ передъ закономъ. Понятіе о семьѣ лежитъ въ основаніи льготъ по семейному по-

ложенію, предоставляемыхъ при отбываніи воинской повинности (т. IV, уст. воин. пов. стт. 48—59); при назначеніи пенсій для семействъ умершихъ чиновниковъ (т. III, уст. пенс. ст. 109); при опредѣленіи круга лицъ, имѣющихъ право на матеріальное обезпеченіе вслѣдствіе лишенія жизни члена семьи (т. X, ч. 1, ст. 657—661). Во всѣхъ этихъ случаяхъ законъ исходитъ изъ представленія о семьѣ въ современномъ ограниченномъ смыслѣ. Примѣнительно къ семьѣ, построенной на началахъ, признанныхъ закономъ, строится представленіе о семьѣ, живущей внѣ законныхъ рамокъ, какъ сожительство мужчины, женщины и происшедшихъ отъ нихъ дѣтей.

Въ основѣ семьи лежитъ физіологическій моментъ, стремленіе къ удовлетворенію половой потребности. Этимъ опредѣляется элементарный составъ семьи, предполагающей соединеніе мужчины и женщины. Дѣти являются физіологическимъ послѣдствіемъ сожительства. Если составъ семьи обусловливается физіологическими причинами, то отношеніе членовъ семьи опредѣляется этическимъ факторомъ. Положеніе женщины, какъ объекта удовлетворенія физической потребности, не выдѣляющагося изъ круга другихъ объектовъ удовлетворенія матеріальныхъ потребностей, смѣняется въ исторіи положеніемъ ея, какъ самостоятельнаго члена семьи, связаннаго съ мужемъ и дѣтьми любовью и привязанностью. Такого же самостоятельнаго положенія, подъ вліяніемъ смягченныхъ нравственныхъ взглядовъ, достигаютъ и дѣти, которыя первоначально стоятъ наравнѣ съ рабами и вещами въ домашнемъ хозяйствѣ.

Физическій и нравственный складъ семьи создается помимо права. Введеніе юридическаго элемента въ личныя отношенія членовъ семьи представляется не всегда удачнымъ и чаще всего не достигаетъ своей цѣли. При чрезвычайномъ разнообразіи этическихъ воззрѣній въ различныхъ слояхъ общества, нормы права, опредѣляющія отношенія мужа къ женѣ и родителей къ дѣтямъ, представляются въ глазахъ высшихъ, интеллигентныхъ сферъ общества слишкомъ отсталыми, въ глазахъ низшихъ слоевъ—слишкомъ радикальными, измѣняющими вѣковыя воззрѣнія. Если юридическія нормы совпадаютъ съ этическими, онѣ представляются излишними, если онѣ находятся въ противорѣчіи, то борьба между ними неравна въ виду замкнутости и психологической неуловимости семейныхъ отношеній.

Юридическій элементъ необходимъ и цѣлесообразенъ въ

области имущественныхъ отношеній членовъ семьи. Въ большинствѣ случаевъ семья, съ точки зрѣнія положенія ея въ народномъ хозяйствѣ, составляетъ обособленное, частное хозяйство. Семья имѣетъ общую квартиру, общую обстановку, сообща или черезъ своего представителя, мужа, пріобрѣтаетъ средства, необходимыя для ея существованія. Но общность, необходимая въ границахъ домашней жизни, за предѣлами ея продолжается или прекращается, смотря по взгляду законодательства. Право или создаетъ между членами семьи полную раздѣльность имуществъ, какъ, напр., у насъ, или устанавливаетъ большую или меньшую степень общности. Опредѣленіе внутреннихъ и внѣшнихъ имущественныхъ отношеній семьи составляетъ вполнѣ возможную задачу для права.

Семья представляетъ собой основную ячейку государственнаго организма и пользуется нѣкоторою автономіею. Государство охраняетъ по возможности неприкосновенность внутренней жизни семьи, опасаясь излишнимъ вмѣшательствомъ повредить мирнымъ ея отношеніямъ. Родители имѣютъ въ отношеніи своихъ дѣтей карательную власть; нѣкоторыя преступленія, возбуждающія въ другихъ случаяхъ преслѣдованіе по иниціативѣ самой власти, допускаютъ вмѣшательство послѣдней только по жалобѣ потерпѣвшаго члена семьи.

II. Юридическая природа семейныхъ правъ. Семейный союзъ создаетъ два вида семейныхъ правъ, различныхъ по своему содержанію и по своей природѣ: a) права личной власти и b) права на содержаніе. Къ семейнымъ правамъ не должны быть причисляемы устанавливаемыя закономъ права на взаимную любовь, уваженіе, почтеніе, потому что это мнимыя права, лишенныя санкціи, — право имѣетъ дѣло только съ дѣйствіями, но не съ чувствами. Сюда не слѣдуетъ причислять и тѣхъ правъ, которыя, хотя и вытекаютъ изъ семейнаго союза, но возникаютъ по поводу смерти членовъ, съ распаденіемъ семьи, какъ право наслѣдованія, право на указную часть.

Права личной власти принадлежатъ мужу надъ женой, родителямъ надъ дѣтьми, опекунамъ надъ опекаемыми. Права на содержаніе принадлежатъ женѣ противъ мужа, дѣтямъ противъ родителей и обратно. Тѣ и другія права имѣютъ то общее, что они носятъ чисто личный характеръ, всегда связаны съ опредѣленнымъ активнымъ субъектомъ. Притомъ они принадлежатъ лицу, какъ члену семьи, и пока эта связь съ

семьей не устранится, наприм., разводомъ, усыновленіемъ, смертью, это право не можетъ прекратиться, другими словами — активный субъектъ не можетъ отречься отъ своего права. Отсюда же, какъ слѣдствіе, вытекаетъ и неотчуждаемость семейныхъ правъ.

На этомъ общность природы того или другого вида семейныхъ правъ прекращается. Праву личной власти соотвѣтствуетъ обязанность всѣхъ вообще не ставить себя въ такое отношеніе къ женѣ, дѣтямъ, опекаемымъ, которое противорѣчило бы этой власти. Права этого рода не исчерпываются выполненіемъ со стороны подвластнаго лица какого-либо опредѣленнаго дѣйствія. Искъ, основанный на этомъ правѣ, слѣдуетъ всюду за лицами подвластными. Отсюда обнаруживается, что права личной власти отмѣчены абсолютнымъ характеромъ. Напротивъ, права на содержаніе принадлежатъ къ разряду относительныхъ правъ. Это право на опредѣленное дѣйствіе, къ которому обязывается извѣстное лицо, какъ пассивный субъектъ. Всѣ прочіе не несутъ никакой обязанности и не могутъ явиться нарушителями права на содержаніе.

Объектомъ права личной власти является само подвластное лицо, а не какое-либо дѣйствіе съ его стороны. Однако, въ настоящее время, съ признаніемъ личности за каждымъ человѣкомъ, эти права впадаютъ въ безвыходное противорѣчіе съ нормами, охраняющими свободу каждаго лица подъ страхомъ наказанія. Право требовать жену или взрослыхъ дѣтей къ совмѣстному жительству сталкивается съ запрещеніемъ подвергать свободное лицо насильственному задержанію. Отсюда обнаруживается теоретическая несостоятельность этихъ правъ и практическая ихъ неосуществимость. Но все же они признаются современными законодательствами, въ томъ числѣ и нашимъ.

§ 60.

Заключеніе брака.

Литература: Кавелинъ, *Очеркъ юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ семейнаго союза*, 1884, стр. 11—46; Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. II, стр. 10—103; Суворовъ, *Курсъ церковнаго права*, т. II, 1891, стр. 255—346; Загоровскій, *Курсъ семейнаго права*, 1902; Азаревичъ, *Брачные элементы и ихъ значеніе*, 1879; Азаревичъ, *Русскій бракъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1880, №№ 5 и 6); Бердниковъ, *Форма заключенія брака у европейскихъ народовъ въ ея истори-*

ческомъ развитіи, 1887; Суворовъ, *О гражданскомъ бракѣ*, 1896; Гомолицкій, *Бракъ раскольниковъ по закону 19 апр. 1874 года* („В. Пр.“, 1903, № 9); Невскій, *Родство, какъ препятствіе къ браку*, 1884; Гомолицкій, *Бракъ раскольниковъ по закону 19 апрѣля 1874 года. Введенъ ли имъ гражданскій бракъ?* („В. Пр.“, 1901, №№ 4—5); Павловъ, *Курсъ церковнаго права*, 1902, стр. 317—394; Суворовъ, *Учебникъ церковнаго права*, 3 изд. 1908, стр. 318—355; Горчаковъ, *Церковное право*, 1909, стр. 238—286.

I. Понятіе о бракѣ. *Съ точки зрѣнія юридической, бракъ есть союзъ мужчины и женщины, съ цѣлью сожительства, основанный на взаимномъ соглашеніи и заключенный въ установленной формѣ.* Данное нами опредѣленіе имѣетъ въ виду бракъ вообще, не только между православными, но и между лицами другихъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, не только между христіанами, но и между нехристіанами. Для юриста важна совокупность условій, при наличности которыхъ сожительство лицъ разнаго пола пріобрѣтаетъ законный характеръ, т.-е. влечетъ за собою всѣ послѣдствія законнаго брака. Эти условія содержатся въ данномъ опредѣленіи.

a. Въ основаніи брака лежитъ *соглашеніе* между сочетающимися—бракъ не можетъ быть законно совершенъ безъ взаимнаго и непринужденнаго согласія сочетающихся лицъ (т. X ч. 1 стт. 12, 62). Какъ и всякій договоръ, бракъ предполагаетъ свободу воли и сознанія. Поэтому бракъ, совершонный по принужденію или обману, будетъ недѣйствителенъ, за отсутствіемъ существеннаго элемента (т. X ч. 1 ст. 666; ср. т. XVI ч. 2, зак. суд. гражд. ст. 446). Отсутствіе сознанія дѣлаетъ недѣйствительнымъ бракъ съ безумнымъ или сумасшедшимъ лицомъ (т. X ч. 1 стт. 5, 37 п. 1). Согласіе составляетъ наиболѣе существенное условіе съ точки зрѣнія не только юридической, но и канонической (consensus facit nuptias), хотя въ общественномъ представленіи значеніе этого элемента часто отступаетъ передъ значеніемъ вѣнчанія.

b. Участники брачнаго договора должны быть лица разнаго пола—соглашеніе происходитъ *между мужчиною и женщиною.* Выборъ участниковъ обусловливается физіологическою стороною брака, требующей для удовлетворенія половой потребности соединенія мужчины и женщины. Бракъ между одними мужчинами или однѣми женщинами невозможенъ. Число лицъ, соединяющихся въ брачномъ сожительствѣ, можетъ быть различно: соединеніе нѣсколькихъ мужчинъ съ одною женщиною называется поліандріею, соединеніе нѣсколькихъ женщинъ съ однимъ

мужчиною—полигаміею, соединеніе одного мужчины съ одною женщиною—моногаміею. Наше законодательство, въ видѣ общаго правила, устанавливаетъ для всѣхъ моногамію (т. X ч. 1 стт. 20, 62), въ видѣ исключенія допускаетъ многоженство для магометанъ (т. X ч. 1 стт. 92—97, улож. наказ. ст. 1558). Слѣдовательно мормоны не могутъ ожидать признанія у насъ дѣйствительности ихъ браковъ. Законъ нашъ предусматриваетъ, однако, и поліандрію (т. X ч. 1 ст. 82).

c. Цѣль брака—*постоянное сожительство*, не только въ смыслѣ физическомъ, но и нравственномъ,—«сочетаніе, сбытіе во всей жизни, божественныя же и человѣческія правды общеніе». Съ этой стороны обнаруживается различіе между бракомъ и обязательствомъ, которые оба могутъ быть основаны на договорѣ. Когда договоръ направленъ на исполненіе одного или нѣсколькихъ опредѣленныхъ дѣйствій, то послѣдствіемъ его будетъ обязательственное отношеніе, напр., въ товариществѣ. Брачное же соглашеніе не имѣетъ въ виду опредѣленныхъ дѣйствій, но, какъ общеніе на всю жизнь, оно имѣетъ по идеѣ нравственное, а не экономическое содержаніе. Въ исторіи мы встрѣчаемся съ идей, что цѣль брака есть произведеніе дѣтей, а потому при бездѣтности брачное сожительство должно считаться безцѣльнымъ, а потому самый бракъ подлежитъ расторженію. Но съ современной точки зрѣнія, если оставить въ сторонѣ еврейскій взглядъ на бракъ, неправильно цѣлью брака ставить произведеніе и воспитаніе дѣтей: первое есть возможное физіологическое послѣдствіе брака, второе есть необходимое его юридическое послѣдствіе. Бракъ нисколько не теряетъ въ своей идеѣ, если вступающіе въ него проникнуты стремленіемъ къ физическому и нравственному общенію безъ всякой мысли о будущихъ дѣтяхъ. Мы можемъ мысленно представить себѣ такой общественный строй, при которомъ государство возьметъ на себя воспитаніе дѣтей—и бракъ все же сохранится.

d. Соглашеніе между мужчиною и женщиною требуетъ облеченія его въ *установленную форму*, которая можетъ имѣть религіозный или гражданскій характеръ. Только при соблюденіи установленной государствомъ формы сожительство влечетъ за собою всѣ послѣдствія, вытекающія изъ семейнаго союза. Православная и католическая церковь разсматриваетъ бракъ какъ таинство, образъ союза Христа съ церковью. Однако, въ дальнѣйшемъ пониманіи брачнаго таинства объ церкви расходятся. Въ то время какъ католическая церковь видитъ таинство въ

сожитіи супруговъ, православная церковь таинствомъ признаетъ церковное вѣнчаніе; поэтому съ точки зрѣнія католической церкви таинство совершается самими супругами, а по ученію православной церкви — священослужителемъ. Лютеранская и реформатская церковь не считаютъ бракъ за таинство. Съ юридической точки зрѣнія для брака существенно соблюденіе установленной закономъ формы, все равно будетъ ли то церковное вѣнчаніе, является ли форма въ соотвѣтствіи съ воззрѣніемъ той или другой церкви на бракъ, какъ на таинство. На Западѣ бракъ пріобрѣтаетъ юридическое значеніе и безъ благословенія церкви. И у насъ признается дѣйствительность брака, не освященнаго церковью, а именно въ отношеніи нехристіанъ, язычниковъ. На Западѣ возможно несоотвѣтствіе юридической и канонической точекъ зрѣнія на условія дѣйствительности брака. Въ Россіи для христіанскихъ вѣроисповѣданій подобное несоотвѣтствіе невозможно, потому что государство согласуетъ свои постановленія съ вѣроисповѣдными правилами.

II. Исторія брака въ Россіи. Русскій лѣтописецъ, знакомя съ порядкомъ заключенія брака у древнихъ славянъ, противополагаетъ, можетъ быть, съ нѣкоторымъ пристрастіемъ, обычаи болѣе цивилизованныхъ полянъ грубымъ обычаямъ другихъ племенъ. Послѣднія жили какъ звѣри, и браковъ между ними не было, а только игрища между селами: сходятся на игрища, плясанья, и тутъ похищаютъ себѣ женъ, по предварительному, впрочемъ, соглашенію. Очевидно, этотъ обычай умычки составляетъ отзвукъ прежняго дѣйствительнаго похищенія женщинъ, и лѣтописецъ ошибается, отрицая существованіе брака тамъ, гдѣ налицо всѣ его признаки,—соглашеніе, форма. Но у полянъ форма брака, повидимому, болѣе отрѣшена отъ воспоминаній о первобытномъ соединеніи половъ—по предварительному соглашенію родители сами приводятъ невѣсту съ вечера, а по-утру получаютъ плату за нее, вѣно. Другими словами, лѣтописецъ подтверждаетъ соціологическій законъ смѣны брака похищеніемъ бракомъ покупкою, какъ болѣе мягкою формою. До введенія христіанства, и нѣкоторое время послѣ принятія его, славяне допускали многоженство, какъ это мы знаемъ на примѣрѣ Владимира Святого. «И радичими, и вятичи, и сѣверъ одинъ обычай имяху, имяху же по двѣ и по три жены, си же творяху обычая кривичи, прочіи поганіи, не вѣдуще закона Божія, но творяще сами себѣ законъ». Бракъ не прекращается смертью мужа, за которымъ должна была слѣ-

довать на тотъ свѣтъ его жена, что̀ не противорѣчило полной свободѣ развода со стороны мужа.

Введеніе христіанства должно было несомнѣнно сильно измѣнить брачное право,— оно стремилось укрѣпить бракъ и дать ему значеніе таинства. Для этого церкви приходилось бороться съ крѣпкими традиціями, такъ Церковный Уставъ Ярослава грозитъ карою, «аже кто умчить дѣвку» (ст. 1), или «аще дѣвка не всхощетъ замужъ, а отецъ и мати силою дадуть» (ст. 21). Подъ давленіемъ византійскаго права, церковь православная установила предѣлы свободы расторженія брачныхъ узъ, устранила многоженство, ввела церковную форму совершенія брака. Но дѣйствіе христіанства сказывалось медленно, потому что церковь имѣла дѣло съ такою стороною быта народнаго, которая отличается особенною консервативностью. Еще долго слышатся указанія на полное игнорированіе церковнаго вѣнчанія; вплоть до XVII столѣтія встрѣчаются слѣды свободнаго расторженія брака по обоюдному соглашенію. Римское вліяніе обнаружилось и въ томъ значеніи, какое церковь придала обрученію. Получивъ религіозное освященіе, послѣднее стало нерасторжимымъ и равнымъ по силѣ вѣнчанію. Между тѣмъ по общественному взгляду обрученіе, «зарядъ», имѣло значеніе договора, опредѣляющаго, въ формѣ неустойки, имущественныя послѣдствія несостоявшагося брака.

На развитіе брачнаго права оказалъ значительное вліяніе Петръ I, выдвинувшій въ бракѣ на первый планъ элементъ согласія. Такъ какъ опасеніе невыгодныхъ послѣдствій стѣсняло свободу, Петръ рѣшилъ лишить обрученіе его религіознаго и имущественнаго значенія, а потому подобныя сдѣлки (рядныя записи) запрещено было писать у крѣпостныхъ дѣлъ. Затѣмъ признано было (1702), что обрученіе должно совершаться не раньше, какъ за 6 недѣль до вѣнчанія, и обрученные могли еще разойтись. Такъ какъ по правилу VI Вселенскаго собора церковное обрученіе должно быть столь же пенарушимо, какъ и бракъ, то, съ цѣлью согласованія гражданскаго закона съ церковными правилами, при Екатеринѣ II (1775 г.) повелѣно было слить обрученіе и вѣнчаніе въ одинъ актъ. Исходя изъ того же взгляда, Петръ постановилъ, что родители и господа должны дать присягу въ томъ, что не принуждали своихъ дѣтей и рабовъ ко вступленію въ бракъ. Петровская реформа была направлена къ тому, чтобы не родители женили своихъ сыновей и выдавали замужъ своихъ дочерей, но чтобы сыновья

сами женились, а дочери сами выходили замужъ. Судамъ поручено было преслѣдовать насильственное похищеніе женщинъ для вступленія съ ними въ бракъ. Въ то же царствованіе, по поводу плѣнныхъ шведовъ, разрѣшенъ былъ вопросъ о допустимости смѣшанныхъ браковъ православныхъ съ иновѣрцами.

Въ Московскую эпоху сложилась форма совершенія брака довольно сложная, что̀ и должно было отразиться на соблюденіи церковнаго вѣнчанія. Мѣстный священникъ не могъ совершить брака безъ предъявленія ему разрѣшенія епархіальнаго архіерея, которое носило названіе «вѣнечной памяти» и соединялось съ уплатою вѣнечной пошлины. Въ концѣ XVIII вѣка синодъ призналъ излишнимъ такое усложненіе и разрѣшилъ приходскому священнику совершать самостоятельно браки подъ личною отвѣтственностью за соблюденіе гражданскихъ и каноническихъ постановленій. Въ XVIII вѣкѣ государственная власть настаиваетъ особенно энергично на совершеніи брака въ церковной формѣ.

Царствованіе императора Николая I оказало также значительное вліяніе на гражданское законодательство по брачному вопросу, потому что въ это время сложилось большинство опредѣленій объ условіяхъ вступленія въ бракъ.

III. Условія вступленія въ бракъ. Брачная дѣеспособность или способность вступать въ бракъ опредѣляется различными условіями положительнаго или отрицательнаго характера, т.-е. необходимостью наличности или отсутствія извѣстныхъ обстоятельствъ. Условія эти отличаются значительнымъ разнообразіемъ, потому что они вызваны различными соображеніями: каноническими правилами, государственными соображеніями, историческими причинами. Всѣ условія могутъ быть раздѣлены на группы по разнымъ основаніямъ: по каноническому или гражданскому источнику, по иниціативѣ опроверженія брака (смотря по тому, уничтожается ли онъ по заявленію одного изъ супруговъ или же по собственному почину свѣтской или духовной власти), по послѣдствіямъ отсутствія требуемыхъ условій. Два послѣднія основанія представляются вполнѣ юридическими, но, по важности, предпочтеніе должно быть отдано третьему.

А. Нѣкоторыя условія имѣютъ то значеніе, что наличность ихъ или отсутствіе, смотря по свойству ихъ, влечетъ за собою признаніе недѣйствительности брака. Лица, которыхъ бракъ признанъ со стороны духовнаго суда недѣйствительнымъ, неме-

дленно, по сношенію епархіальнаго начальства съ мѣстнымъ гражданскимъ, разлучаются отъ дальнѣйшаго сожительства. Разлученныя на этомъ основаніи лица имѣютъ право вступать съ другими лицами въ новые браки (т. X ч. 1 стт. 38 и 39).

1. Изъ цѣли брака и договорнаго его характера обнаруживается необходимость *брачнаго возраста*, въ предѣлахъ котораго уже пріобрѣтается и еще не утрачивается половая способность и сознаніе совершаемаго акта.

а. Относительно начальнаго момента, съ котораго допускается вступленіе въ бракъ, возможно разногласіе. Имѣя въ виду поощрить браки, чтобы искоренить внѣбрачныя сношенія, вредныя для здоровья и нравственности молодежи, считаясь съ хозяйственными требованіями рабочей силы въ деревнѣ, слѣдуетъ высказаться за низкую норму. Если же имѣть въ виду важныя нравственныя послѣдствія брака для всей жизни обоихъ супруговъ, если признавать вредное физіологическое послѣдствіе ранняго брака для недозрѣлыхъ супруговъ,—слѣдуетъ настаивать на высокой нормѣ. Жизнь, при настоящихъ условіяхъ, высказывается во второмъ смыслѣ, и брачный возрастъ постепенно повышается какъ фактически, такъ и юридически. Возрастъ, съ котораго допустимъ бракъ въ Россіи, въ прежнее время былъ очень невысокъ. Олеарій утверждаетъ, что онъ встрѣчалъ (XVII в.) мальчиковъ 12 лѣтъ уже женатыхъ, дѣвочекъ 11 лѣтъ уже замужнихъ. Это объясняется тѣмъ, что греческая церковь, подобно западной, держалась римской нормы брачнаго возраста, а именно 14 лѣтъ для мужчинъ и 12 лѣтъ для женщинъ. Эта норма господствовала во всей Европѣ до XIX столѣтія, когда всюду законодательства стали признавать несоотвѣтствіе между идеей брака и дѣтскимъ возрастомъ брачущихся. Во Франціи только кодексъ Наполеона 1804 года установилъ брачный возрастъ въ 18 лѣтъ для мужчинъ и 16 для женщинъ (§ 144) и сейчасъ идетъ вопросъ о повышеніи этой нормы. Въ Германіи, по гражданскому кодексу 1896 года, мужчины могутъ вступать въ бракъ 21 года, женщины 16 лѣтъ (§ 1589). Въ Швейцаріи, по новому кодексу 1907 года, брачный возрастъ опредѣляется для мужчинъ въ 20, для женщинъ въ 18 лѣтъ (§ 96). Нѣкоторыя страны и до сихъ поръ остаются при римской нормѣ. Въ Англіи бракъ допускается для мужчинъ въ 14, для женщинъ въ 12 лѣтъ. Въ Австріи законъ даетъ общій возрастъ для лицъ обоего пола—14 лѣтъ (§ 48). Въ Россію римская норма проникла вмѣстѣ съ при-

нятіемъ христіанства. Но самая норма нѣсколько колебалась между 14 и 15 для мужчинъ, 12 и 13 для женщинъ,—въ соотвѣтствіи съ колебаніями византійскихъ источниковъ. Въ 1774 г. Свят. Синодъ опредѣлилъ брачное совершеннолѣтіе, согласно Эклогѣ Льва Исаврянина, въ 15 и 13 лѣтъ. Въ началѣ XIX вѣка въ Россіи были весьма нерѣдки случаи браковъ взрослыхъ мужчинъ съ дѣвочками, продолжавшими и послѣ замужества играть въ куклы, и взрослыхъ женщинъ съ мальчиками. Признавая такое явленіе ненормальнымъ, законодатель именнымъ указомъ, даннымъ Св. Синоду 19 іюля 1830 года, установилъ начальный брачный возрастъ въ 18 лѣтъ для мужчинъ и 16 лѣтъ для женщинъ, который и вошелъ въ дѣйствующее законодательство (т. X ч. 1 ст. 3). Этотъ возрастъ имѣетъ значеніе для всѣхъ христіанскихъ исповѣданій, для магометанъ и іудеевъ (т. X ч. 1 стт. 63 и 91). Для православныхъ возможно нѣкоторое отступленіе: 1) архіереямъ предоставляется въ необходимыхъ случаяхъ разрѣшать браки по личному своему усмотрѣнію, когда жениху или невѣстѣ недостаетъ не болѣе полугода до брачнаго совершеннолѣтія (т. X ч. 1 ст. 3, прим.); 2) второе исключеніе установлено для природныхъ жителей Закавказья, въ виду ранняго наступленія зрѣлости: для нихъ норма понижена на 3 года, 15 и 13 лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 63).

b. Предѣльный брачный возрастъ установленъ въ нашемъ законодательствѣ для православныхъ въ 80 лѣтъ мужчинъ и женщинъ (т. X ч. 1 ст. 4). Для другихъ вѣроисповѣданій предѣльная норма не установлена.

c. Съ точки зрѣнія физической и нравственной природы брака весьма разумно установить извѣстное соотношеніе въ возрастѣ жениха и невѣсты. Въ синодскомъ указѣ 1775 года былъ высказанъ отрицательный взглядъ на такіе неравные браки: «нѣкоторые, въ противность законамъ Божьимъ, въ лѣтахъ между собою весьма несходственныхъ вступаютъ въ бракъ, черезъ что бываютъ несогласія и просьбы о разводѣ». Однако, наше законодательство не восприняло этой точки зрѣнія и въ Сводѣ Законовъ нѣтъ запрещенія вступать въ бракъ лицамъ, возрастъ которыхъ рѣзко расходится. Слѣдуетъ поэтому признать неправильнымъ взглядъ Павлова, будто «въ случаѣ крайняго неравенства въ лѣтахъ мужа и жены, напр., когда первому 80, а послѣдней $15^1/_2$ лѣтъ, или, наоборотъ, первому 18, послѣдней 80 лѣтъ, по духу церковныхъ законовъ бракъ долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ». Юридическая сила кано-

ническихъ постановленій обусловливается или перенесеніемъ ихъ содержанія въ свѣтскіе законы или ссылкою на ихъ содержаніе: ни того, ни другого въ данномъ случаѣ нѣтъ.

Бракъ, совершонный вопреки установленной нормѣ, признается недѣйствительнымъ самъ по себѣ, но разлученіе имѣетъ мѣсто только по просьбѣ несовершеннолѣтняго супруга (уст. дух. конс. ст. 209). Впрочемъ законъ отступаетъ отъ строгой логики, и, въ случаѣ желанія этихъ лицъ продолжать супружество, по достиженіи необходимаго возраста, требуетъ не новаго брака, а только подтвержденія его въ церкви, по установленному для того чиноположенію (т. X ч. 1 ст. 39). Еще болѣе,—если обвѣнчавшіеся продолжаютъ жить совмѣстно и достигаютъ брачнаго совершеннолѣтія, или если бракъ ихъ имѣлъ послѣдствіемъ беременность (рожденіе ребенка) жены, то бракъ ихъ долженъ быть признанъ дѣйствительнымъ безъ всякаго подтвержденія (уст. дух. конс. ст. 209).

Серьезное недоразумѣніе вызываетъ нашъ законъ, который признаетъ недѣйствительными брачныя сопряженія лицъ, не достигшихъ возраста «церковью опредѣленнаго» для вступленія въ бракъ. Мы видѣли, что церковное совершеннолѣтіе—это 15 и 13 лѣтъ. Это церковное совершеннолѣтіе законъ (т. X ч. 1 ст. 39) противополагаетъ гражданскому совершеннолѣтію, не тому, которое установлено для имущественной дѣеспособности, т.-е. не 21 году, какъ ошибочно полагаетъ Горчаковъ, а тому, которое установлено свѣтскимъ закономъ для вступленія въ бракъ, т.-е. 18 и 16. Съ точки зрѣнія закона слѣдовало бы признавать дѣйствительными браки лицъ, достигшихъ церковнаго совершеннолѣтія, хотя и не достигшихъ гражданскаго. Такъ именно полагаетъ Павловъ: «только первое служитъ безусловнымъ препятствіемъ къ браку, такъ что бракъ, заключенный по достиженіи женихомъ 15, а невѣстою 13 лѣтъ, не подлежитъ расторженію, какъ ничтожный и недѣйствительный». Напротивъ, другой нашъ канонистъ, Суворовъ полагаетъ, что «правильнѣе разсуждать такъ, что указъ 1830 г. былъ изданъ не только какъ гражданскій, но и какъ церковный законъ, которымъ ранній возрастъ, 15 и 13 лѣтъ, совершенно отмѣненъ, какъ потрясающій добрые нравы». Въ подтвержденіе перваго взгляда приводятъ буквальный смыслъ ст. 37 п. 5 т. X ч. 1, въ силу которой дѣйствительными не признаются брачныя сопряженія лицъ, не достигшихъ возраста, церковью опредѣленнаго для вступленія въ бракъ (ср. также

ст. 218 уст. дух. конс.). Однако, въ противорѣчіи съ этимъ буквальнымъ смысломъ указанной статьи стоитъ ст. 1356[7] уст. гражд. суд., по которой признается недѣйствительнымъ бракъ, заключенный старообрядцами прежде достиженія установленнаго къ браку совершеннолѣтія, при чемъ дѣлается ссылка, какъ на общее правило, на ст. 3 т. X ч. 1, т.-е. на гражданское, а не на церковное совершеннолѣтіе. Трудно согласить допущеніе законнаго брака съ дѣвицею 13 лѣтъ, когда тотъ же законодатель караетъ крайне сурово растлѣніе дѣвицы, не достигшей 14 лѣтъ, хотя бы совершонное по согласію ея (улож. наказ. ст. 1524). Затѣмъ, въ положеніи о союзѣ брачномъ, изданномъ для Царства Польскаго въ 1836 году, гдѣ помѣщены также правила о бракахъ между лицами грекороссійской вѣры, сказано, что бракъ совершается и расторгается во всемъ сообразно правиламъ, изображеннымъ въ сводѣ гражданскихъ законовъ имперіи; правила «сіи» ниже сего исчисляются. Въ числѣ существенныхъ условій для вступленія въ бракъ указанъ закономъ опредѣленный возрастъ мужского пола 18, а женскаго—16 лѣтъ отъ рожденія (собр. гражд. зак. Царства Польскаго ст. 98 и 99 п. 1). Вступившіе въ бракъ ранѣе опредѣленнаго для сего возраста разлучаются отъ сожительства, хотя бы одна только сторона была несовершеннолѣтняя: по законномъ же изслѣдованіи такой бракъ подвергается формальному расторженію (тамъ же, ст. 120). Въ этомъ законѣ нельзя не видѣть законодательнаго пониманія законовъ дѣйствующихъ въ имперіи.

2. Въ виду установленной моногаміи *состояніе въ бракѣ* является препятствіемъ ко вступленію въ новый бракъ. Вступить въ бракъ можетъ только холостой, вдовый или разведенный. Это постановленіе имѣетъ не только каноническое, но и государственное значеніе, а потому относится ко всѣмъ, за исключеніемъ магометанъ (т. X ч. 1 стт. 20, 62, ст. 37 п. 2). Только расторженіе предшествующаго брака даетъ возможность вступить въ новый. Лицамъ православнаго исповѣданія запрещается вступать послѣдовательно въ четвертый бракъ (т. X ч. 1 ст. 21), хотя уже и на вступающаго въ третій бракъ, налагается епитимія (указъ Синода 5 апрѣля 1871 года). Въ счетъ трехъ браковъ слѣдуетъ включить и браки, прекращенные разводомъ, но только не браки, признанные недѣйствительными. На лицъ другихъ исповѣданій это ограниченіе, имѣющее каноническое значеніе, не распространяется: католики

и лютеране могутъ вступать въ бракъ неограниченное число разъ. Двоеженство или двоемужство не только дѣлаетъ недѣйствительнымъ второй бракъ, но колеблетъ и первый: онъ сохраняетъ свою силу только при согласіи на то со стороны оставленнаго супруга (т. X ч. 1 ст. 40).

3. Отрицательнымъ условіемъ является *духовный санъ и монашество*. Монашествующимъ и посвященнымъ въ іерейскій или діаконскій санъ, доколѣ они въ этомъ санѣ пребываютъ, бракъ вовсе запрещается (т. X ч. 1 стт. 2 и 37, п. 6). Это запрещеніе относится также къ католикамъ, какъ соотвѣтствующее взгляду католической церкви, которая, сверхъ того, считаетъ препятствіемъ къ браку и обѣтъ цѣломудрія. Указанное постановленіе не распространяется на протестантское духовенство.

4. Какъ договоръ, бракъ не зависитъ отъ вѣроисповѣданія, но, какъ таинство, онъ невозможенъ между христіанами и нехристіанами. Поэтому *различіе вѣроисповѣданій* является препятствіемъ къ совершенію браковъ. Для лицъ православнаго и католическаго вѣроисповѣданій невозможны браки съ нехристіанами (т. X ч. 1 ст. 37 п. 7, ст. 85). Лицамъ евангелическаго исповѣданія дозволяется бракъ съ магометанами и евреями, но не съ язычниками (т. X ч. 1 ст. 87). Браки католиковъ съ лютеранами, допускаемые гражданскимъ законодателемъ, нуждаются, однако, въ диспенсаціи папы или его представителя въ Россіи—митрополита. Браки православныхъ лицъ съ старообрядцами и сектантами по закону 17 апрѣля 1905 года уравнены съ браками между православными и инославными лицами. Нѣтъ никакихъ препятствій къ бракамъ евреевъ съ мусульманами.

5. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ наступаетъ *осужденіе на безбрачіе*, которое является препятствіемъ ко вступленію въ бракъ, (т. X ч. 1 ст. 37 п. 4). Такое послѣдствіе могутъ повлечь за собою: a) расторженіе брака по прелюбодѣянію одного изъ супруговъ, b) вступленіе во второй бракъ при существованіи перваго, c) безвѣстное отсутствіе въ продолженіе 5 лѣтъ; въ послѣднемъ случаѣ осужденіе производится только по возвращеніи безвѣстно-отсутствовавшаго, и то, если онъ не представитъ достаточныхъ оправданій. Закономъ 24 мая 1904 года отмѣнено осужденіе на безбрачіе лицъ, виновныхъ въ нарушеніи супружеской вѣрности, но, при повторности прелюбодѣянія, разводъ уже не открываетъ виновному возможности

вступить въ новый бракъ. Изданное вслѣдъ за закономъ разъяснительное опредѣленіе Св. Синода лишаетъ новый законъ почти всякаго практическаго значенія. Священникъ не въ правѣ вѣнчать разведенныхъ по прелюбодѣянію и виновныхъ въ немъ въ теченіе двухъ лѣтъ безусловно, а послѣ этого срока, въ теченіе еще 5 лѣтъ, только при удостовѣренномъ со стороны священника раскаяніи виновнаго (14 іюля 1904 г. за № 11). Для лютеранъ осужденіе на безбрачіе имѣетъ значеніе лишь временнаго препятствія до разрѣшенія консисторіи.

6. Препятствіемъ къ браку является *родство и свойство* въ близкихъ степеняхъ (т. X ч. 1 ст. 37 п. 2). Кровное родство есть отношеніе, которое устанавливается между лицами происходящими одно отъ другого или отъ одного общаго родственника. Свойство есть отношеніе, которое создается между однимъ супругомъ и родственниками другого или между родственниками обоихъ супруговъ. Гдѣ основаніе запрещенія браковъ между родственниками? a) По мнѣнію однихъ, между близкими родственниками существуетъ половое отвращеніе, вложенное въ человѣка природою въ видѣ инстинкта. Законъ, слѣдовательно, лишь признаетъ физіологическій фактъ. Однако, существованіе такого инстинкта, какъ присущаго человѣку отъ природы, не подтверждается историческими и этнографическими данными. Ксеркс былъ женатъ на своей сестрѣ Атоссѣ, Кимонъ вступилъ въ бракъ съ своей единокровной сестрой Эльминикой, Артаксеркс состоялъ въ бракѣ со своими дочерьми. Бракъ между братьями и сестрами допускали египтяне, персы, арабы, въ началѣ германцы. b) Браки между близкими родственниками, по другому мнѣнію, запрещаются издавна, потому что быстро научили народъ, что такія спариванія приводятъ къ болѣзнямъ, глухонѣмотѣ, эпилепсіи, идіотизму. Какъ историческое объясненіе запрещеній опасеніе вырожденія едва ли можетъ быть принято. Если бы опытъ внушалъ такое запрещеніе, то немыслимо было бы допущеніе брака между близкими родственниками, встрѣчающееся, какъ мы видѣли, у цѣлыхъ народовъ. Притомъ опытъ могъ дать указанія въ отношеніи близкихъ родственниковъ, а между тѣмъ запрещеніе касалось браковъ между родственниками въ такихъ далекихъ степеняхъ, которыя совершенно выходятъ за предѣлы возможнаго опыта. Если бы запрещеніе браковъ между родственниковъ основывалось на историческомъ опытѣ, то съ теченіемъ времени кругъ запрещеннаго родства отъ узкаго переходилъ

бы къ широкому, а мы видимъ обратное направленіе,—отъ широкаго къ узкому, и современные народы, вооруженные гораздо большимъ опытомъ, постепенно сокращаютъ степени родства, препятствующаго браку. c) Нѣкоторые связываютъ широкое запрещеніе браковъ между родственниками съ тою культурною миссіею, которую взяла на себя христіанская церковь, поставившая себѣ задачею сближать браками чуждые роды и тѣмъ способствовать ихъ примиренію и политической интеграціи. d) Едва ли не самымъ правильнымъ надо признать то объясненіе запрещенія, которое сводится къ стремленію изгнать половыя влеченія въ кругу лицъ, вынужденныхъ жить вмѣстѣ и вести общее хозяйство, и тѣмъ устранить существенный поводъ къ раздорамъ внутри семьи. Въ пользу такого объясненія говорятъ главнымъ образомъ два обстоятельства. Во-первыхъ, кругъ запрещаемыхъ браковъ шире при натуральномъ хозяйствѣ, соединяющемъ подъ одною кровлею массу родственныхъ лицъ, и, наоборотъ, уже при мѣновомъ хозяйствѣ, когда проявляется тенденція къ индивидуализаціи семьи. Во-вторыхъ, только приведеннымъ соображеніемъ можно объяснить полное сходство запрещеній браковъ между родственниками и между свойственниками, хотя въ основаніи свойства, какъ препятствія къ браку, не можетъ быть, конечно, никакого физіологическаго момента. Павловъ полагаетъ, что запрещеніе по свойству строится аналогично съ запрещеніемъ по родству. Но дѣло не въ аналогіи построенія, а въ тождествѣ основаній. Въ LIV правилѣ Трульскаго Собора мотивъ запрещенія браковъ въ родствѣ и свойствѣ указанъ одинъ и тотъ же: «дабы естество само себя не смѣшивало». Соотвѣтственно тому выдержана и параллель въ степеняхъ родства и свойства, препятствующихъ браку.

Въ то время, когда брачныя дѣла находились всецѣло въ вѣдѣніи католической церкви, кругъ лицъ, лишенныхъ возможности вступать взаимно въ бракъ, былъ очень великъ. Доходило до 12, даже до 14 степени родства, что ставило въ большое затрудненіе царствующіе дома, ограниченные въ выборѣ невѣстъ, принадлежащихъ къ династіямъ. Съ переходомъ брачнаго права въ руки свѣтскаго законодателя картина рѣзко измѣнилась. Въ настоящее время во Франціи не допускаются браки (франц. код. § 161) только между родственниками въ прямой линіи, между братьями и сестрами, между дядей и племянницей, теткой и племянникомъ, между деверемъ и невѣст-

кой, между шуриномъ и свояченицей; при чемъ препятствія въ родствѣ въ третьей степени и свойствѣ могутъ быть устранены съ согласія президента республики. Въ Германіи запрещается только бракъ съ родственниками по прямой линіи, а также съ родными, единокровными и единоутробными братьями и сестрами (герм. код. § 1310). Въ Англіи препятствіемъ къ браку служитъ родство въ прямой степени безъ ограниченія, въ боковой до третьей включительно (дядя и племянница), и свойство во второй степени. Слѣдовательно, нигдѣ не запрещается бракъ между двоюродными братьями и сестрами (4 степень), и рѣдко гдѣ бракъ между дядей и племянницей (3 степень).

Обращаясь къ русскому законодательству, мы встрѣчаемся съ положеніемъ, что во всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданіяхъ запрещается совершать браки въ степеняхъ родства, возбраненныхъ правилами той церкви, къ которой принадлежатъ сочетающіяся лица (т. X ч. 1 ст. 64). Православнымъ запрещается вступать въ бракъ въ степеняхъ родства и свойства, церковными законами не дозволенныхъ. Послѣ нѣкоторыхъ сомнѣній, возбужденныхъ въ XVIII столѣтіи, указъ Св. Синода 19 января 1810 года окончательно разрѣшилъ вопросъ, запретивъ браки лицъ, состоящихъ между собою въ первыхъ четырехъ степеняхъ кровнаго родства и двухроднаго свойства. Очевидно, кровное родство, какъ фактъ физіологическій, не зависитъ отъ легальности его происхожденія, и потому незаконное родство должно бы имѣть равную силу съ законнымъ. Наши гражданскіе законы до послѣдняго времени не признавали юридической связи между родителями и ихъ дѣтьми, рожденными внѣ брака. Однако, слѣдуетъ признать, что не только съ канонической точки зрѣнія, такъ это полагаетъ Павловъ, но и съ юридической, запрещеніе браковъ въ законномъ родствѣ до четвертой степени включительно должно быть распространено и на незаконное родство, такъ какъ этого требуетъ общій смыслъ законовъ. Безспорнымъ, однако, этого вопроса нельзя признать.

По аналогіи съ кровнымъ родствомъ построено духовное родство, т.-е. отношеніе между лицами, создающееся чрезъ воспріятіе отъ купели крещенія. Первоначально проявлялось стремленіе къ довольно широкому загражденію браковъ между участниками воспріятія, напр., между воспріемникомъ и воспріемницею (кумъ и кума), но въ послѣднее время обнаружи-

лось обратное теченіе. Въ практикѣ Св. Синода (указъ 31 окт. 1875 года) духовное родство служитъ препятствіемъ къ браку только: a) между воспріемникомъ и матерью воспринятаго и b) между воспріемницей и отцомъ воспринятаго.

Наконецъ та же аналогія создала и гражданское родство, устанавливаемое фактомъ усыновленія. Гражданскіе законы наши обходятъ полнымъ молчаніемъ вопросъ о томъ, допустимъ ли бракъ между усыновителемъ и усыновленной? Въ отношеніи лютеранъ законодательство наше постановляетъ, что браки между усыновленными и усыновителями воспрещаются, пока усыновленіе законнымъ образомъ не уничтожено (т. XI ч. 1, изд. 1896, ст. 326). Въ отношеніи католиковъ, законодательство, дѣйствующее въ Царствѣ Польскомъ, постановляетъ, что родство и свойство гражданское составляютъ препятствіе къ браку между усыновившимъ и усыновленнымъ и его нисходящими, между усыновленными и отъ брака рожденными дѣтьми одного и того же лица, между усыновленнымъ и женою или мужемъ лица усыновившаго (пол. о союзѣ брачномъ 1836 г. ст. 35). Въ отношеніи православныхъ законъ безмолвенъ и практика склоняется къ выводу, что препятствія въ гражданскомъ родствѣ нѣтъ, хотя такое заключеніе мало согласуется съ идеей запрещенія брака между лицами, связанными однимъ кровомъ. Слѣдуетъ однако, имѣть въ виду, что согласно закону 3 іюня 1902 года возможно усыновленіе собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей, и тогда вопросъ переносится на почву препятствій, создаваемыхъ незаконнымъ родствомъ.

B. Въ противоположность указаннымъ обстоятельствамъ, влекущимъ за собою недѣйствительность брака, существуетъ другой рядъ причинъ, по которымъ священники лишь обязываются воздерживаться отъ вѣнчанія подъ страхомъ наказанія. Наказаніе можетъ угрожать и повѣнчавшимся, хотя бракъ, совершонный вопреки запрещенію, остается въ своей силѣ.

1. Къ такого рода условіямъ относится *согласіе родителей* на бракъ ихъ дѣтей. Вытекая изъ недостаточнаго сознанія послѣдними важности брака, съ достиженіемъ совершеннолѣтія подобная зависимость становится излишнею. Однако, по нашему закону безусловно запрещается вступать въ бракъ безъ дозволенія родителей или замѣняющихъ ихъ опекуновъ и попечителей (т. X ч. 1 ст. 6), такъ что необходимость испрашиванія родительскаго разрѣшенія не ограничивается никакимъ возрастомъ. Только для лютеранъ этотъ вопросъ полу-

чилъ полное обстоятельное разрѣшеніе (т. XI ч. 1 изд. 1896 стт. 319—321). Бракъ, совершонный безъ согласія родителей, сохраняетъ свою силу, но, по жалобѣ родителей, провинившіяся дѣти могутъ подвергнуться тюремному заключенію на время отъ 4 до 8 мѣсяцевъ и, сверхъ того, могутъ лишиться права наслѣдовать по закону въ имѣніи того изъ родителей, котораго они оскорбили своимъ неповиновеніемъ (улож. о наказ. ст. 1566). Представленіе священнику письменнаго дозволенія родителей не требуется,— достаточно, если священникъ не знаетъ о запрещеніи со стороны родителей. По нѣкоторымъ же законодательствамъ отсутствіе родительскаго согласія влечетъ за собою даже недѣйствительность брака. Особенно строго относится французское право къ обязанности дѣтей заручиться разрѣшеніемъ родителей. Можетъ быть, это результатъ долгой и упорной борьбы въ этой странѣ между католическою церковью и королевскою властью, изъ которыхъ первая не признавала существеннымъ для силы брака согласіе родителей (Тридентскій соборъ 1565 г.), а вторая настаивала на значеніи родительскаго согласія (Ordonnance de Blois 1549 г.). По германскому уложенію родительское согласіе уже не имѣетъ такого значенія (§§ 1304 и 1323).

2. Такое же значеніе имѣетъ *разрѣшеніе начальства* на вступленіе въ бракъ. По общему правилу лица всѣхъ состояній могутъ вступать между собою въ бракъ, не испрашивая на то ни особаго отъ правительства дозволенія, ни увольненія отъ сословій и обществъ, къ которымъ они принадлежатъ (т. X ч. 1 ст. 1). Но лицамъ, состоящимъ на службѣ, какъ военной, такъ и гражданской, запрещается вступать въ бракъ безъ дозволенія ихъ начальства, удостовѣреннаго письменнымъ свидѣтельствомъ (т. X ч. 1 ст. 9). Исторически, со времени Петра, въ нашемъ законодательствѣ вводится рядъ постановленій, ограничивающихъ свободу вступленія въ бракъ лицъ военнаго вѣдомства. При изданіи Свода Законовъ правило это было распространено, хотя и не основательно, на лицъ гражданскаго вѣдомства. Едвали, однако, можно утверждать, что требованіе это потеряло всякое значеніе. Оно имѣетъ полное примѣненіе, скрѣплено уголовною санкціей (улож. наказ. ст. 1565). По мысли закона, согласіе начальства обусловливается только служебными препятствіями, но, трудно согласиться, чтобы начальство не могло отказать въ своемъ разрѣшеніи на бракъ, препятствіе къ которому явно

обнаруживается изъ документовъ, хотя бы въ интересахъ службы бракъ и не служилъ препятствіемъ.

Особыя правила о разрѣшеніи начальства были установлены въ 1866 году для лицъ военнаго вѣдомства и вновь пересмотрѣны въ 1901 году. Исходя изъ того взгляда, что бракъ офицера, который не имѣетъ достаточнаго содержанія, можетъ привести къ матеріальному положенію, не соотвѣтствующему его офицерскому достоинству, законъ совершенно запрещалъ офицерамъ жениться ранѣе 23 лѣтъ; въ возрастѣ отъ 23 до 28 лѣтъ допускалъ бракъ только при условіи, если офицеръ представитъ обезпеченіе въ видѣ недвижимости или вклада; и только послѣ 28 лѣтъ, когда предполагается, что офицеръ достигъ на службѣ положенія, матеріально его обезпечивающаго, онъ могъ жениться безъ условій. Но закономъ 22 марта 1909 года представленіе обезпеченія, какъ условіе допущенія брака, для офицеровъ военно-сухопутнаго вѣдомства отмѣнено, и сохранено лишь для офицеровъ военно-морского вѣдомства, не достигшихъ 25 лѣтъ. Все же и по новому закону офицеру, не достигшему 23 лѣтъ, вступленіе въ бракъ безусловно воспрещается (т. IV, уст. воин. пов. по прод. 1909, ст. 28 п. 2). Нижнимъ чинамъ, состоящимъ на дѣйствительной обязательной службѣ, запрещается вступать въ бракъ (уст. воин. пов., ст. 28 п. 1, по прод. 1910 г.).

3. *Родство и свойство,* имѣющія въ ближайшихъ степеняхъ разрушительное значеніе для браковъ, совершонныхъ вопреки установленнымъ правиламъ, на дальнѣйшихъ степеняхъ, отъ 5 до 7 включительно, составляютъ препятствіе, устранимое съ разрѣшенія епархіальнаго архіерея. Во всякомъ случаѣ, даже безъ послѣдняго условія, бракъ остается въ своей силѣ.

IV. Совершеніе брака. Бракъ лицъ христіанскихъ вѣроисповѣданій у насъ, въ Россіи, долженъ происходить въ формѣ церковнаго вѣнчанія, подъ опасеніемъ въ противномъ случаѣ недѣйствительности. Это правило относится даже къ лютеранамъ (т. XI, ч. 1, изд. 1896, ст. 300), хотя лютеранская церковь и не признаетъ за бракомъ характера таинства. Православные, желающіе вступить въ бракъ, должны увѣдомить о томъ священника своего прихода (т. X ч. 1 ст. 25), хотя сплошь и рядомъ, несмотря даже на спеціальный указъ Синода (27 мая 1853 г.), вѣнчаніе происходитъ не въ своей приходской церкви. Ему должны быть представлены всѣ данныя, способныя убѣдить, что препятствій къ браку не имѣется. Если

въ священникѣ не возникаетъ сомнѣнія въ томъ, что вступающіе въ бракъ достигли брачнаго возраста, то нѣтъ основанія требовать представленія метрическихъ свидѣтельствъ жениха и невѣсты (указъ Синода 27 ноября 1898). Предъявленіе паспорта или полицейскаго свидѣтельства вызывается необходимостью удостовѣриться, съ одной стороны, въ личности жениха и невѣсты, если они лично неизвѣстны священнику, съ другой стороны, въ отсутствіи брачныхъ узъ, связывающихъ уже того или другого, такъ какъ въ паспортѣ дѣлаются отмѣтки о брачномъ состояніи (указъ Синода 14 апрѣля 1906). Вопреки установленной закономъ (т. IV, уст. воин. пов., стт. 118 и 185) обязанности требовать отъ лицъ мужского пола не достигшихъ 21 года, свидѣтельства о приписке къ призывному участку, а отъ лицъ, перешедшихъ этотъ возрастъ, свидѣтельства о явкѣ къ исполненію воинской повинности, Синодъ разрѣшилъ не требовать отъ желающихъ вступить въ бракъ представленія таковыхъ свидѣтельствъ (указъ 14 августа 1906). За то отъ лицъ, состоящихъ на гражданской или военной службѣ, священникъ обязанъ потребовать письменнаго разрѣшенія со стороны начальства на вступленіе въ бракъ. Удостовѣрившись въ отсутствіи препятствій, священникъ дѣлаетъ троекратное оглашеніе въ ближайшіе воскресные и другіе праздничные дни для того, чтобы всякій, знающій о существованіи препятствій, могъ своевременно заявить о томъ. Дальнѣйшею предупредительною мѣрою является такъ называемый «обыскъ», т.-е. дознаніе, производимое причтомъ. Въ настоящее время оно сводится къ удостовѣренію со стороны свидѣтелей отсутствія препятствій къ браку, которое заносится за подписью вступающихъ въ бракъ и свидѣтелей въ обыскную книгу.

Всѣ эти подготовительныя дѣйствія завершаются вѣнчаніемъ въ церкви, при которомъ должны присутствовать брачущіеся лично и не менѣе двухъ свидѣтелей. Вѣнчаніе православныхъ лицъ внѣ церкви допускается въ тѣхъ только мѣстахъ, гдѣ по обстоятельствамъ вѣнчаніе въ церкви невозможно, напр., въ Сибири, гдѣ на огромномъ пространствѣ нельзя встрѣтить храма, притомъ къ таковымъ вѣнчаніямъ не дозволяется приступать безъ благословенія епархіальныхъ архіереевъ (т. X ч. 1 ст. 31). Совершеніе брака возможно только въ опредѣленные дни, а таже въ дневные часы, хотя обычай отстранилъ каноническое условіе, перенеся вѣнчаніе на вечернее время.

Каждый бракъ записывается въ приходскую метрическую

книгу, изъ которой выдается выпись. Въ случаѣ возникшихъ о метрическихъ актахъ сомнѣній, а равнымъ образомъ, если бракъ въ нихъ не записанъ, событіе можетъ быть доказываемо: обыскною книгою, исповѣдными росписями, гражданскими документами, если изъ нихъ видно, что именуемые супругами признавались таковыми въ присутственныхъ мѣстахъ и безспорно пользовались правами, зависящими отъ законнаго супружества, наконецъ, слѣдствіемъ (т. X ч. 1 ст. 35). Послѣднее должно заключать въ себѣ показанія: причта, который вѣнчалъ бракъ, бывшихъ при бракѣ свидѣтелей и вообще знающихъ о достовѣрности событія брака (т. X ч. 1 ст. 36). Въ числѣ доказательствъ, перечисляемыхъ закономъ въ дополненіе метрической записи, опущено одно, имѣющее важное значеніе,—это отмѣтка въ паспортѣ о совершеніи вѣнчанія.

Браки лицъ всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій должны быть совершаемы духовенствомъ той церкви, къ которой принадлежатъ вступающіе въ супружество. Въ Западномъ Краѣ и въ Царствѣ Польскомъ смѣшанные браки между лицами неправославныхъ христіанскихъ вѣроисповѣданій совершаются священникомъ той вѣры, къ которой принадлежитъ невѣста (т. X ч. 1 ст. 75, пол. о союзѣ брачномъ ст. 192). За неимѣніемъ въ мѣстѣ жительства инославныхъ, желающихъ вступить въ бракъ, священника соотвѣтствующей вѣры, вѣнчаніе можетъ быть произведено православнымъ священникомъ, съ тѣмъ послѣдствіемъ, что расторженіе такихъ браковъ производится уже по правиламъ православной церкви (т. X ч. 1 ст. 65). Бракъ православнаго лица съ лицомъ другого христіанскаго исповѣданія долженъ быть совершенъ непремѣнно въ православной церкви и можетъ быть затѣмъ повторенъ по обряду церкви другого супруга (т. X ч. 1 ст. 67). Обрядъ бракосочетанія у лютеранъ долженъ быть предпочтительно совершаемъ въ церкви, но можетъ, однако, быть совершенъ и въ частномъ домѣ (т. XI ч. 1, изд. 1896 ст. 303).

Относительно нехристіанъ у насъ постановлено, что каждому племени и народу, не исключая и язычниковъ, дозволяется вступать въ бракъ по правиламъ ихъ закона или по принятымъ обычаямъ, безъ участія въ томъ гражданскаго начальства или христіанскаго духовенства (т. X ч. 1 ст. 90).

V. Гражданскій бракъ. Въ настоящее время, почти во всѣхъ европейскихъ государствахъ, къ какому бы вѣроисповѣданію ни принадлежало ихъ населеніе, даже въ православ-

ной Румыніи, церковную форму брака смѣнилъ гражданскій бракъ. Гражданскій бракъ —это также формальный бракъ, только лишенный церковнаго освященія и совершаемый передъ гражданскою, а не духовною властью,—только глубокое невѣжество могло использовать этотъ терминъ для обозначенія внѣбрачнаго сожительства. Убѣдившись изъ представленныхъ документовъ въ наличности необходимыхъ для брака условій и въ отсутствіи препятствій, гражданскій чиновникъ (во Франціи мэръ), дѣлаетъ оглашеніе о предстоящемъ бракѣ посредствомъ вывѣшиваемаго на нѣкоторое время объявленія. Если никѣмъ не было сообщено о существованіи препятствій, чиновникъ въ назначенный день, въ присутствіи брачущихся и свидѣтелей, читаетъ статьи законовъ, опредѣляющія права и обязанности супруговъ, спрашиваетъ жениха и невѣсту о желаніи вступить въ бракъ другъ съ другомъ и затѣмъ объявляетъ ихъ мужемъ и женою. Въ Германіи гражданскій чиновникъ (Standesbeamt) ставитъ лишь вопросъ о согласіи на бракъ и, по полученіи удовлетворительныхъ отвѣтовъ, объявляетъ ихъ законными супругами; статьи закона не читаются. Совершонный такимъ порядкомъ бракъ заносится въ особую книгу. Отсюда видно, что гражданскій бракъ отличается отъ церковнаго только отсутствіемъ вѣнчанія.

Гражданскій бракъ явился слѣдствіемъ реформаціи, создавшей небывалое до того различіе вѣроисповѣданій, взаимную религіозную нетерпимость и, съ другой стороны, отвергшей за бракомъ значеніе таинства. Впервые гражданскій бракъ былъ созданъ въ Голландіи въ XVI вѣкѣ, гдѣ онъ явился, какъ необходимый выходъ изъ затруднительнаго положенія, а оттуда перешелъ въ Англію. Во Франціи гражданскій бракъ былъ принятъ во время первой революціи и утвержденъ кодексомъ Наполеона. Изъ Франціи гражданскій бракъ распространился всюду за кодексомъ. Германія, хотя страна по преимуществу протестантская, установила гражданскую форму брака только во время разгара культурной борьбы съ церковнымъ авторитетомъ, въ 1875 году. Въ Румыніи гражданскій бракъ былъ принятъ въ 1864 году, по примѣру Франціи. Гражданскій бракъ имѣетъ на Западѣ троякое значеніе: 1) Онъ называется факультативнымъ, когда усмотрѣнію самихъ брачущихся предоставляется выбрать церковную или гражданскую форму, какъ, напр., въ Англіи. 2) Онъ называется обязательнымъ, когда законъ предписываетъ обязанность гражданскаго брака,

не признавая никакого юридическаго значенія за однимъ церковнымъ вѣнчаніемъ, какъ въ Германіи и Франціи; это не мѣшаетъ желающимъ освятить свой бракъ и, сверхъ того, послѣ, церковнымъ благословеніемъ, только послѣднее имѣетъ лишь религіозное, но не юридическое значеніе. 3) Третій типъ представляетъ гражданскій бракъ въ Австріи, гдѣ обращеніе къ нему обусловливается безвыходностью положенія, которая создается или тѣмъ, что священники уклоняются отъ благословенія смѣшанныхъ браковъ, или же тѣмъ, что лицо, не принадлежащее къ церкви вѣнчающей, считаетъ насиліемъ надъ своей совѣстью принятіе благословенія отъ чуждаго ему священнослужителя.

Въ Россіи нѣкоторое подобіе гражданскаго брака установлено по закону 12 апрѣля 1874 года для раскольниковъ (старообрядцевъ) въ виду государственной необходимости. Дѣло въ томъ, что государственною властью до 17 апрѣля 1905 г. не признавались исповѣданіе и духовенство старообрядцевъ, такъ что ихъ вѣнчанные браки не имѣли въ глазахъ правительства религіознаго характера. А между тѣмъ невозможно было оставить безъ опредѣленія и послѣдствій всѣ возникавшія изъ ихъ семейнаго союза отношенія. Выходомъ изъ этого затруднительнаго положенія послужилъ бы гражданскій бракъ. Но ввести гражданскій бракъ въ его чистомъ видѣ, хотя бы и для раскольниковъ, правительству представлялось опаснымъ въ виду возможнаго распространенія и утвержденія самой идеи гражданскаго брака въ сознаніи русскаго общества. Поэтому бракъ раскольниковъ получилъ довольно неопредѣленную окраску (т. IX, ст. 941—948). По сдѣланному письменно или словесно заявленію о желаніи оформить бракъ, полицейское управленіе или волостное правленіе составляетъ объявленіе и выставляетъ его, въ теченіе 7 дней, при дверяхъ управленія. Всѣ, имѣющіе свѣдѣнія о препятствіяхъ, обязаны дать знать управленію. По истеченіи 7 дней управленіе выдаетъ лицу, заявившему желаніе записать свой бракъ, свидѣтельство о произведенномъ объявленіи. Съ этимъ свидѣтельствомъ оба супруга должны явиться лично съ 4 свидѣтелями въ полицейское управленіе, которое ведетъ метрическія книги, и здѣсь совершается запись брака. Браки старообряцевъ пріобрѣтаютъ въ гражданскомъ отношеніи, черезъ занесеніе ихъ въ установленныя метрическія книги, силу и послѣдствіе законнаго брака. Воспрещаются и не подлежатъ записи такіе браки ста-

рообрядцевъ, которые воспрещены гражданскими законами (т. X ч. 1 ст. 78). Такимъ образомъ браки старообряцевъ не совершаются въ присутствіи гражданской власти, а только регистрируются уже совершонные по ихъ обрядамъ, въ чемъ и обруживается существенное отличіе отъ настоящаго гражданскаго брака. Полицейскій чиновникъ не спрашиваетъ о согласіи вступающихъ (или вступившихъ?) въ бракъ, не провозглашаетъ ихъ законными супругами. Слѣдовательно, въ бракахъ старообрядцевъ религіозный моментъ отдѣляется отъ юридическаго, но при этомъ а) юридическій моментъ состоитъ не въ совершеніи брака, а въ регистраціи совершоннаго уже брака, b) религіозный моментъ не имѣетъ юридическаго значенія, потому что съ отрицаніемъ раскольничьяго духовенства связано и отрицаніе таинства въ бракѣ, совершонномъ представителемъ непризнаннаго духовенства. Въ началѣ Сенатъ высказался въ томъ смыслѣ, что «запись брака раскольниковъ въ полицейскую метрическую книгу должна считаться равносильной самому заключенію брака» (кас. рѣш. 1894, № 36), но потомъ пришелъ къ обратному выводу, что «эта запись ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть разсматриваема въ качествѣ такого акта, который устанавливаетъ самое совершеніе брака» (кас. рѣш. 1902, № 69). Если же запись въ полицейскія книги лишь удостовѣряетъ уже совершонный бракъ, то оставалось сдѣлать выводъ, что бракъ старообрядцевъ можетъ быть доказываемъ и иными способами (рѣш. общ. собр. 1 и кас. деп. 1899, № 28), чѣмъ совершенно устраняется историческій смыслъ закона 1874 г.

Указомъ 17 апрѣля 1905 года настоятелямъ и наставникамъ старообрядческихъ общинъ вмѣнено веденіе метрическихъ книгъ, при чемъ бракосочетающіеся записываются въ книги немедленно по совершеніи соотвѣтственной требы (ср. указъ 17 октября 1906). Однако, признаніе старообрядчества и его духовенства пока ни въ чемъ не измѣнило закона 1874 года, какъ это можно даже видѣть по Продолженіямъ Свода Законовъ Сводному 1906 и Очереднымъ 1908, 1909 и 1910. Между тѣмъ не законодательнымъ путемъ, а въ порядкѣ Верховнаго управленія Высочайше утвержденнымъ 12 февраля 1907 года положеніемъ Совѣта Министровъ опредѣлено, что старообрядцы, записанные за время, предшествующее изданію настоящаго закона (?), въ сословные посемейные списки или въ иного рода, замѣняющіе сіи списки, документы, мужемъ и

женою, а по полицейскимъ метрическимъ книгамъ не числящіеся въ брачномъ союзѣ, какъ не отвѣчающіе законнымъ требованіямъ регистраціи,—признаются состоящими въ законномъ бракѣ. Юридическая запутанность вопроса достигаетъ высшей точки.

§ 61.

Расторженіе брака.

Литература: Кулишеръ, *Разводъ и положеніе женщины*, 1896; Способинъ, *О разводѣ въ Россіи*, 1881; Загоровскій, *О разводѣ по русскому праву*, 1884; Полежаевъ, *Душевная болѣзнь одного изъ супруговъ, какъ поводъ къ расторженію брака* („Ж. Юр. Общ.“, 1896, № 8); Розенбахъ, *Расторженіе брака вслѣдствіе помѣшательства* („Ж. М. Ю.“, 1899, № 3); Чижъ, *Расторженіе брака вслѣдствіе помѣшательства супруга* („В. Пр.“, 1899, № 8); Воротынскій, *Душевная болѣзнь одного изъ супруговъ, какъ поводъ къ расторженію брака* („Врачъ“, 1898, № 45); Суворовъ, *О безбрачіи, какъ послѣдствіи расторженія брака по причинѣ прелюбодѣянія* („Юр. В.“, 1889, № 8); Соловьевъ, *О вѣчномъ безбрачіи виновнаго супруга* („Юр. В.“, 1881, № 2); Глубоковскій, *Разводъ по прелюбодѣянію и его послѣдствія по ученію Христа Спасителя* („Христіанское Чтеніе“, 1895, январь—апрѣль); Гусаковъ, *Отмѣна безбрачія для разведенныхъ* („Право“, 1904, № 31); Нечаевъ, *Къ вопросу о разводѣ* („Право“ 1903, № 6).

I. Основанія расторженія. Совмѣстное сожительство, соединенное съ бракомъ, устанавливается не на срокъ, а на всю жизнь супруговъ. Смерть одного изъ нихъ естественнымъ образомъ прекращаетъ этотъ союзъ.

Однако, какъ нравственный союзъ, имѣющій своею цѣлью полное общеніе, физическое и духовное, онъ лишается своего содержанія съ невозможностью достиженія этой задачи и становится тяжелымъ бременемъ для связанныхъ навсегда супруговъ. Нравственный союзъ, потерявшій свою нравственную основу, долженъ быть расторгнутъ, иначе онъ можетъ принять форму безнравственнаго общенія. Разлученіе супруговъ (separatio) не достигаетъ цѣли, потому что оно сохраняетъ внѣшнюю связь тамъ, гдѣ нѣтъ никакого внутренняго содержанія, потому что оно узаконяетъ бракъ безъ сожительства, составляющаго его основную цѣль, и потому, что оно толкаетъ разлученныхъ, но не разведенныхъ, супруговъ на незаконные союзы. Только прекращеніе неудачнаго брака открываетъ возможность другого, болѣе счастливаго. Это достигается разводомъ, подъ которымъ понимается прекращеніе законно существовав-

шаго брака по указаннымъ въ законѣ причинамъ. Отсюда обнаруживается отличіе развода отъ естественнаго прекращенія брака смертью одного изъ супруговъ и отъ признанія брака недѣйствительнымъ, т.-е. законно не существовавшимъ.

Трудность законодателя въ дѣлѣ развода заключается въ опредѣленіи тѣхъ условій, при которыхъ становится невозможнымъ общеніе и сожительство: онъ можетъ или настолько затруднить расторженіе браковъ, что многіе изъ нихъ не будутъ соотвѣтствовать своей идеѣ, или же, наоборотъ, настолько облегчить возможность развода, что каждая ссора станетъ поводомъ къ разрыву, и бракъ превратится во временное сближеніе двухъ лицъ разнаго пола. Задача законодателя еще болѣе затрудняется тамъ, гдѣ не существуетъ гражданскихъ браковъ и необходимо считаться съ каноническими правилами, не склонными приспособляться къ условіямъ времени.

II. Разводъ по западнымъ законодательствамъ. Первоначально разводъ всюду носитъ характеръ односторонній, какъ право мужа отпустить отъ себя жену (repudium), безъ распространенія на нее такого же права уйти отъ мужа. Въ такомъ видѣ встрѣчается разводъ у древнихъ евреевъ, римлянъ, германцевъ. Въ дальнѣйшемъ, съ завоеваніемъ женщиною болѣе самостоятельнаго положенія, разводъ становится правомъ каждаго изъ супруговъ. Такъ, въ Римѣ, по заявленію римскаго императора Александра Севера, «издревле установлено, что браки должны быть свободны, а потому не можетъ имѣть силы условіе, направленное къ воспрещенію разводиться».

Противъ этой свободы разводовъ выступила христіанская церковь. Въ самой церкви сначала обнаруживаются колебанія по этому вопросу, но потомъ достигается рѣшительное единеніе въ пользу нерасторжимости брачнаго союза. Пропаганда этой идеи въ старомъ римскомъ обществѣ имѣла мало успѣха, но зато молодой германскій міръ легче поддается настояніямъ церкви. Полнаго торжества достигаетъ взглядъ католической церкви въ XVI вѣкѣ, въ постановленіяхъ Тридентскаго Собора, который окончательно устранилъ идею развода и допустилъ взамѣнъ лишь разлученіе отъ стола и ложа (separatio a mensa et thoro).

Но идея развода нашла себѣ поддержку въ реформаціи, отвергнувшей въ бракѣ таинство; протестанты признали въ немъ чисто юридическій институтъ, опредѣленіе котораго подлежитъ вѣдѣнію свѣтской власти.

Французская революція, въ законахъ 1792 года, стала на точку зрѣнія, прямо противоположную той, которую отстаивала католическая церковь. Была допущена полная свобода развода, по взаимному соглашенію и вслѣдствіе несходства характеровъ; разлученіе же было устранено, какъ учрежденіе, толкающее на путь безнравственности. Кодексъ 1804 года стремился къ примиренію: допуская разводъ, онъ стѣснилъ его свободу ограниченіемъ поводовъ къ нему. Въ кодексѣ обнаруживается явное покровительство мужчинамъ: въ то время, какъ одинъ фактъ нарушенія вѣрности со стороны жены даетъ мужу право требовать развода, жена можетъ настаивать на разводѣ только въ томъ случаѣ, если мужъ вводитъ любовницу въ свой домъ. Подъ вліяніемъ реакціи, въ эпоху торжества легитимизма и католицизма, былъ изданъ въ 1816 году законъ, устранившій возможность развода и востановившій снова разлученіе. Такое положеніе вещей продолжалось въ теченіе почти 70 лѣтъ. Только по закону 19 іюля 1884 года, французское законодательство возвращается къ свободѣ развода, поставленной, впрочемъ, въ довольно тѣсныя рамки. Законы 1886 и 1893 г. дополнили содержаніе предшествующаго закона. Дѣйствующее законодательство Франціи допускаетъ разводъ по слѣдующимъ основаніямъ: прелюбодѣяніе; жестокое обращеніе, начиная съ нанесенія ударовъ и до покушенія на жизнь (excès et sévices); тяжкія оскорбленія (injures graves); осужденіе одного изъ супруговъ, за совершонное имъ преступленіе, къ позорящему уголовному наказанію.

При составленіи германскаго гражданскаго уложенія 1896 года законодателю приходилось считаться, съ одной стороны, съ протестантскою точкою зрѣнія, успѣвшею выразиться въ прусскомъ ландрехтѣ и въ саксонскомъ уложеніи, а съ другой стороны съ оппозиціей католическаго центра въ рейхстагѣ. Постановленія уложенія являются компромиссомъ этихъ двухъ теченій. Разводъ строится, по уложенію, на принципѣ вины, т.-е. для развода необходимо, чтобы одинъ изъ супруговъ оказался виновнымъ противъ идеи брачнаго сожительства. Съ этой точки зрѣнія недопустимъ разводъ по обоюдному соглашенію, какъ не основанный на винѣ. Впрочемъ, стройность этой идеи, которую отстаивали составители уложенія, потерпѣла въ рейхстагѣ пораженіе вслѣдствіе внесенія въ число основаній къ разводу и душевной болѣзни одного изъ супруговъ. Самые поводы къ разводу раздѣлены на двѣ группы, на

абсолютные и относительные. Въ первомъ случаѣ, напр., при прелюбодѣяніи, установленіе факта супружеской невѣрности является достаточнымъ для развода; во второмъ случаѣ, напр., при грубомъ обращеніи, необходима еще оцѣнка суда, насколько несовмѣстимъ установленный фактъ съ идеею брачнаго общенія. Къ поводамъ перваго рода законъ относитъ, помимо прелюбодѣянія, посягательство на жизнь и злонамѣренное оставленіе, которое понимается не какъ безвѣстное отсутствіе, а какъ сознательное уклоненіе отъ совмѣстной супружеской жизни въ теченіе года (§§ 1565—1567). Второе основаніе формулировано, какъ грубое нарушеніе созданныхъ бракомъ обязанностей или безчестное или развратное поведеніе, столь глубоко расшатавшее супружескія отношенія, что продолженіе брака стало невозможнымъ (§ 1568). Наконецъ, супругъ можетъ предъявить искъ о разводѣ, если другой супругъ впалъ въ душевную болѣзнь, которая продолжалась во время брака не менѣе 3 лѣтъ и настолько развилась, что духовное общеніе между супругами прекратилось и притомъ исчезла всякая надежда на возстановленіе этого общенія (§ 1569).

Въ Швейцаріи, по новому кодексу, разводъ допускается въ случаѣ прелюбодѣнія, покушенія на жизнь, грубаго обращенія, тяжкихъ оскорбленій, намѣреннаго оставленія, душевной болѣзни. По указаніи рода опредѣленныхъ фактовъ, дающихъ основаніе просить о разводѣ, швейцарскій кодексъ, въ видѣ общаго принципа, предоставляетъ каждому супругу право требовать развода, если брачный союзъ такъ глубоко подорванъ, что совмѣстная жизнь стала невыносимой (§ 142).

Въ Англіи разводъ весьма затрудненъ. Согласно закону 28 августа 1857 года, собственно только прелюбодѣяніе составляетъ законный поводъ къ расторженію брака. Какъ бы въ возмѣщеніе этого, законъ 1895 года значительно увеличиваетъ поводы къ разлученію супруговъ. При этомъ законъ составленъ односторонне въ пользу мужа: онъ въ правѣ требовать развода при установленіи факта нарушенія супружеской вѣрности, жена же получаетъ это право только тогда, если нарушеніе вѣрности со стороны мужа усложняется еще двоеженствомъ, кровосмѣшеніемъ, противоестественнымъ порокомъ, жестокостью (gross cruelty) и злонамѣреннымъ оставленіемъ въ теченіе двухъ лѣтъ.

Развода не знаютъ, подъ вліяніемъ католицизма, законодательства Австріи, Италіи, Испаніи, Португаліи. Замѣчательно,

что въ Бельгіи, гдѣ сохранился разводъ по обоюдному согласію, расторженіе брака по этому основанію оказывается чрезвычайно рѣдкимъ.

III. Исторія развода въ Россіи. Въ прежнее время въ Россіи разводъ допускался въ болѣе широкихъ размѣрахъ, нежели въ настоящій моментъ. Причиною тому является вліяніе на русскую семью со стороны восточной церкви, которая усвоила себѣ болѣе свободный взглядъ на расторжимость брака, нежели западная. Съ другой стороны, въ Россіи церковь воздѣйствовала на жизнь подъ руководствомъ свѣтской власти, которая сама была настолько увлечена государственнымъ строеніемъ, что обращала мало вниманія на частный бытъ.

Въ московскій періодъ встрѣчается много обстоятельствъ, которыя способны были вести къ расторженію брака. Прежде всего, конечно, сюда слѣдовало отнести прелюбодѣяніе, которое давало мужу, но не женѣ, право требовать развода, а священнику разводъ въ этомъ случаѣ вмѣнялся въ обязанность. Основаніями къ разводу служили также неспособность сожитія со стороны мужа, безплодіе жены, постриженіе въ монашество, чаще всего насильственное, мужемъ жены. Разводъ допускался вслѣдствіе болѣзни супруга «аже женѣ лихій недугъ болитъ», а особенно въ случаѣ проказы. Подъ вліяніемъ византійскимъ, православная церковь признавала поводами къ расторженію брака, если жена мылась въ одной банѣ съ мужчинами, если безъ согласія мужа посѣщала циркъ, театръ, амфитеатръ, хотя эти поводы не имѣли корней въ русской жизни, которой были чужды эти формы увеселеній. Самостоятельно русскій бытъ выдвигалъ, какъ достаточное основаніе для развода, обоюдное согласіе супруговъ: «какъ мы по своей волѣ сошлись, говорится въ разводныхъ актахъ, такъ по своей доброй волѣ и разошлись», «договорились мы полюбовно, чтобы намъ бракъ нашъ расторгнуть».

Въ петербургскій періодъ вырабатывается болѣе строгій взглядъ на возможность расторженія брака. Соотвѣтственно тому сокращаются поводы къ разводу, бывшіе до сихъ поръ въ ходу. Но государственная точка зрѣнія выдвигаетъ взамѣнъ однихъ поводовъ рядъ другихъ. Сюда относятся: расторженіе перваго брака въ случаѣ двоебрачія, расторженіе брака въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія, въ случаѣ ссылки, вслѣдствіе несообщенія однимъ супругомъ другому о заговорѣ

противъ государя. Нельзя не замѣтить, что со времени Петра I обнаруживается тенденція уравнять женщинъ съ мужчинами въ правѣ требовать развода.

Съ XIX вѣка появляется стремленіе по возможности ограничить число поводовъ къ разводу, прекратить всякіе неформальные способы расторженія браковъ (разводныя письма, отпускныя). Указъ 1850 года окончательно установилъ нѣсколько поводовъ къ расторженію брака. Бракоразводныя дѣла вѣдаются у насъ исключительно духовными судами.

IV. Разводъ православныхъ по дѣйствующему праву. Для лицъ православнаго исповѣданія въ настоящее время допущены слѣдующіе поводы къ расторженію брака.

1. Главнымъ поводомъ является *прелюбодѣяніе* одного изъ супруговъ. Допуская разводъ по прелюбодѣянію, православная церковь основывается на текстѣ Евангелія (Матѳ. XIX, 9): «Но Я говорю вамъ: кто разведется съ женою своею не за прелюболѣяніе и женится на другой, тотъ прелюбодѣйствуетъ». Подъ именемъ прелюбодѣянія слѣдуетъ понимать только половое сношеніе одного изъ супруговъ съ постороннимъ лицомъ, все равно, состоящимъ въ бракѣ или свободнымъ, все равно въ видѣ постояннаго сожительства, или единичнаго факта. Право требовать развода принадлежитъ одинаково какъ мужу, такъ и женѣ.

Просьба о расторженіи брака по прелюбодѣянію не можетъ быть удовлетворена: a) если тотъ же фактъ послужилъ основаніемъ для потерпѣвшаго супруга возбудить противъ виновнаго супруга уголовное преслѣдованіе за нарушеніе супружеской вѣрности (улож. наказ. ст. 1585 и уст. угол. суд. ст. 1016); b) если ищущій развода супругъ самъ будетъ уличенъ въ нарушеніи супружеской вѣрности, хотя этотъ выводъ, принятый въ практикѣ нашихъ духовныхъ судовъ, не имѣетъ подъ собою ни юридическаго, ни нравственнаго основанія.

Въ установленіи факта прелюбодѣянія духовные суды стѣснены предписанною имъ формальною теоріею доказательствъ. Собственное признаніе отвѣтчика въ нарушеніи святости брака не принимается въ уваженіе (т. X ч. 1 ст. 47 и уст. дух. конс. ст. 250), Главными доказательствами преступленія должны быть признаны: α) показанія по крайней мѣрѣ двухъ очевидныхъ свидѣтелей и β) прижитіе дѣтей внѣ законнаго супружества, доказанное метрическими актами и доводами о незаконной связи съ постороннимъ лицомъ. Затѣмъ, прочія дока-

зательства, какъ-то: письма, обнаруживающія преступную связь отвѣтчика; показанія свидѣтелей, не бывшихъ очевидцами преступленія, но знающихъ о томъ по достовѣрнымъ свѣдѣніямъ или по слухамъ; показанія обыскныхъ людей о развратной жизни отвѣтчика и другія,—тогда только могутъ имѣть свою силу, когда соединяются съ однимъ изъ главныхъ доказательствъ, или же γ) въ своей совокупности обнаруживаютъ преступленіе (уст. дух. конс. ст. 249). Одинъ солдатъ подалъ въ консисторію прошеніе о разводѣ, съ приложеніемъ документовъ, указывая, что его жена поступила въ домъ терпимости и что ни просьбы, ни угрозы мужа не могли ее оттуда вырвать. Но изъ консисторіи получился совершенно классическій отвѣтъ: проживаніе жены въ публичномъ домѣ съ цѣлями разврата, а равно и желтый билетъ, выданный женѣ полиціей, не могутъ служить доказательствами супружеской измѣны. На этомъ основаніи консисторія предложила солдату представить двухъ свидѣтелей-очевидцевъ, объяснивъ, что въ противномъ случаѣ жалоба его останется безъ послѣдствій, такъ какъ только свидѣтели, которые сами «все видѣли», считаются (съ консисторской точки зрѣнія) достаточнымъ доказательствомъ прелюбодѣянія.

Сюда же относится случай нарушенія святости брака вступленіемъ въ другой бракъ, которое даетъ оставленному супругу право просить о разводѣ (т. X ч. 1 ст. 41).

2. Бракъ можетъ быть расторгнутъ вслѣдствіе *неспособности* къ брачному сожитію въ его физическомъ моментѣ (impotentia). Неспособность слѣдуетъ понимать въ смыслѣ неспособности къ совокупленію, а не въ смыслѣ неспособности имѣть дѣтей. Неспособность должна быть природною (т. X ч. 1 ст. 49), во всякомъ случаѣ возникшей до брака, а не наступившей уже въ бракѣ. Неспособность можетъ быть или органическою, или искусственною (скопцы), физическою или психическою, но неспособностью съ точки зрѣнія нашего закона нельзя признать опасность совокупленія для одного изъ супруговъ вслѣдствіе болѣзни другого, напр., при сифилисѣ. Разводъ на этомъ основаніи можетъ быть возбужденъ не ранѣе, какъ черезъ 3 года по совершеніи брака (т. X ч. 1 ст. 48). Неспособность должна быть подтверждена освидѣтельствованіемъ во врачебномъ отдѣленіи губернскаго правленія, заключеніе котораго нуждается еще въ отзывѣ медицинскаго совѣта министерства внутреннихъ дѣлъ. Послѣд-

ствіемъ развода на этомъ основаніи является запрещеніе больному супругу вступать въ новый бракъ (уст. дух. конс., ст. 253), однако, препятствіе это не можетъ считаться безусловнымъ, потому что оно является не наказаніемъ, а лишь предупредительною мѣрою, и удостовѣренное въ установленномъ порядкѣ выздоровленіе способно открыть возможность вступленія въ бракъ.

3. *Лишеніе правъ состоянія* одного изъ супруговъ по приговору уголовнаго суда создаетъ основаніе просить о расторженіи брака для вступленія въ новый (т. X ч. 1 ст. 50). Не судебный приговоръ самъ по себѣ прекращаетъ бракъ, а совершонный въ установленномъ порядкѣ разводъ, который возбуждается просьбою, основанною на приговорѣ. Если оставшійся супругъ не просилъ о разводѣ, а виновный вернулся по отбытіи наказанія или вслѣдствіе помилованія, то теряется основаніе къ разводу (т. X ч. 1 ст. 53). Точно также утрачивается возможность развода, если другой супругъ добровольно послѣдовалъ за осужденнымъ.

По уложенію о наказаніяхъ 1885 года только лишеніе всѣхъ правъ состоянія давало основаніе просить о расторженіи брака, притомъ не самому осужденному, а лишь его супругу. По закону 14 декабря 1892 года право просить о расторженіи брака было расширено случаями лишенія всѣхъ особенныхъ правъ и ссылкою на поселеніе, а также распространено и на самого осужденнаго супруга. Закономъ 12 іюня 1900 года ссылка на поселеніе въ Сибирь и въ Закавказье, а равно ссылка на житье въ Сибирь и другія, кромѣ Сибирскихъ, отдаленныя губерніи, отмѣнена, однако, сохранена ссылка на поселеніе въ мѣстности, къ тому предназначенныя.

Въ настоящее время бракъ можетъ быть расторгнутъ въ случаѣ, когда одинъ изъ супруговъ приговоренъ къ наказанію, сопряженному съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, или же сосланъ на житье въ Сибирь, съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (т. X ч. 1 ст. 45 по Прод. 1906), несмотря на то, что, согласно указу Сената отъ 16 января 1901 года, дополнительнымъ приговоромъ суда ссылка на житье будетъ замѣнена инымъ наказаніемъ. Такъ какъ законъ имѣетъ въ виду лишеніе правъ по приговору уголовнаго суда, то основаніемъ къ разводу не служатъ: а) лишеніе нѣкоторыхъ правъ, соединяемое съ исключеніемъ изъ дворянскаго сословія и b) ссылка въ порядкѣ административномъ. Законъ предусма-

тривается тотъ случай, когда «одинъ изъ супруговъ» приговоренъ къ наказанію. Значитъ ли это, что въ случаѣ осужденія обоихъ, оба лишаются права просить о разводѣ? Такой выводъ можно было дѣлать, пока законодатель предоставлялъ только невиновному супругу право просить о расторженіи брака. Когда же это право предоставлено и осужденному, нѣтъ основанія устранять возможность развода при осужденіи обоихъ.

Невинный супругъ, не послѣдовавшій за осужденнымъ на поселеніе въ мѣстность, къ тому предназначенную, можетъ просить епархіальное начальство о расторженіи брака по истеченіи двухъ лѣтъ со дня вступленія въ законную силу приговора, осуждающаго виновнаго супруга (т. XIV, уст. ссыльн. ст. 500[1], по Прод. 1906). При осужденіи въ каторжныя работы невиновный супругъ можетъ подать просьбу немедленно по вступленіи приговора въ законную силу.

Осужденный супругъ, если другой супругъ не послѣдовалъ за нимъ въ мѣстность, предназначенную для поселенія, можетъ просить, чрезъ полицейское управленіе, въ вѣдѣніи котораго состоитъ, о расторженіи брака въ установленные сроки: ссыльно-каторжные, смотря по разряду, черезъ 1—3 года послѣ поступленія въ разрядъ исправляющихся, а ссыльно-поселенцы— черезъ 2 года по вступленіи въ законную силу судебнаго о нихъ приговора.

4. Поводомъ къ разводу служитъ *безвѣстное отсутствіе* одного изъ супруговъ, продолжающееся не менѣе 5 лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 54). Просьба о разводѣ на этомъ основаніи предполагаетъ удостовѣреніе въ безвѣстномъ отсутствіи, произведенное въ порядкѣ, установленномъ по закону 14 января 1895 года. Просьба о расторженіи брака по случаю безвѣстнаго отсутствія, подаваемая духовной консисторіи, должна содержать въ себѣ обстоятельныя указанія по тѣмъ многочисленнымъ вопросамъ, которые поставлены самимъ закономъ. Проситель можетъ представить всякія имѣющіяся въ его распоряженіи письменныя доказательства, удостовѣряющія безвѣстное, не менѣе 5 лѣтъ, отсутствіе супруга, а также указать лицъ, могущихъ подтвердить обстоятельства, приводимыя имъ въ подкрѣпленіе своего иска.

Консисторія, соображаясь съ показаніями, сдѣланными въ прошеніи, разсылаетъ черезъ полицію повѣстки къ родителямъ и родственникамъ супруговъ, а равно ко всѣмъ тѣмъ лицамъ, которыя могутъ имѣть ближайшія свѣдѣнія объ отсутствую-

щемъ, для представленія отзывовъ о томъ, что́ имъ извѣстно. Вмѣстѣ съ тѣмъ консисторія наводитъ справки административнымъ порядкомъ, а также печатаетъ въ «Церковныхъ Вѣдомостяхъ» о возбужденномъ искѣ.

По истеченіи года со времени напечатанія объявленія, консисторія приступаетъ къ разсмотрѣнію дѣла и, если не возникаетъ сомнѣнія въ безвѣстномъ отсутствіи, то полагаетъ рѣшеніе о расторженіи брака. Согласно указу 10 декабря 1903 года, отмѣнена необходимость утвержденія Синодомъ рѣшеній консисторіи о расторженіи брака по безвѣстному отсутствію лицъ, принадлежащихъ къ привилегированнымъ сословіямъ, такъ что теперь всѣ дѣла этого рода подлежатъ окончательному рѣшенію мѣстной духовной власти. Сужденіе о винѣ безвѣстно-отсутствующаго супруга, если бракъ будетъ расторгнутъ, отлагается до явки его или обнаруженія мѣста его пребыванія.

5. Поводомъ къ расторженію брака можетъ служить *постриженіе въ монашество*, состоявшееся по взаимному согласію обоихъ супруговъ. Условіемъ для такого одновременнаго постриженія является отсутствіе дѣтей малолѣтнихъ и требующихъ родительскаго призрѣнія (т. IX, зак. сост., ст. 413, п. 1). Второе условіе, нерѣдко выставляемое, а именно наименьшій возрастъ, для мужчины 30, для женщины 40 лѣтъ (т. IX, зак. сост., ст. 410), отвергается нѣкоторыми канонистами (Суворовъ), какъ не относящееся къ постригающимся супругамъ. Если считать, какъ это дѣлаетъ Павловъ, что совмѣстное постриженіе обоихъ супруговъ представляется не разводомъ, а пожизненнымъ разлученіемъ супруговъ, то, конечно, не можетъ быть рѣчи о возможности для супруга, сложившаго съ себя монашество, вступить въ новый бракъ. Но если признать, что постриженіе супруговъ въ монашество влечетъ за собою расторженіе брака, то нѣтъ основанія запрещать оставившему монашество вступить въ новый бракъ, по крайней мѣрѣ среди ограниченій, падающихъ на выходящаго, таковое не указывается (т. IX, зак. сост., ст. 415).

Таковы основанія къ разводу для лицъ православныхъ. Тѣ же основанія могутъ послужить поводомъ къ расторженію браковъ между старообрядцами съ тою только разницею, что расторженіе производится не духовною, а гражданскою властью, судомъ (т. X ч. 1 ст. 78).

Сравнительная таблица поводовъ къ разводу.

Россія.	Франція.	Германія.	Англія.
1. Прелюбодѣяніе.	1. Прелюбодѣяніе.	1. Прелюбодѣяніе.	1. Прелюбодѣяніе.
2. Судебное осужденіе съ лишеніемъ правъ.	2. Судебное осужденіе на каторжныя работы.	2. Судебное осужденіе за противоестественные пороки.	
3. Неспособность къ сожитію.			
4. Безвѣстное отсутствіе.			
5. Постриженіе въ монашество.			
	3. Жестокое обращеніе.	3. Покушеніе на жизнь.	
	4. Тяжкія оскорбленія супружескаго долга.	4. Тяжкія оскорбленія супружескаго долга.	
		5. Злонамѣренное оставленіе.	
		6. Душевная болѣзнь.	

Сравненіе показываетъ, какъ различны основанія, принимаемыя законодателемъ къ расторженію браковъ, а съ другой стороны, какъ мало значитъ количество поводовъ, потому что одинъ четвертый поводъ французскаго и германскаго права превосходитъ все, что даетъ русское право.

V. Разводъ инославныхъ и нехристіанъ. Браки между католиками въ Россіи не подлежатъ расторженію, потому что они находятся подъ дѣйствіемъ исключительно каноническихъ правилъ, а по ученію католической церкви бракъ нерасторжимъ съ момента физическаго общенія (matrimonium consumptum). Слѣдовательно, онъ можетъ быть признанъ только недѣйствительнымъ. Поэтому, при неспособности одного изъ супруговъ, принадлежащихъ къ православію, бракъ растор-

гается, тогда какъ католическій бракъ въ этомъ случаѣ признается недѣйствительнымъ (законъ 1836 года для Царства Польскаго, ст. 22). Поэтому лишеніе всѣхъ правъ состоянія, безвѣстное отсутствіе и прелюбодѣяніе не могутъ послужить основаніемъ къ расторженію католическаго брака. Отрицая возможность развода даже въ случаѣ прелюбодѣянія, католическая церковь основывается на текстѣ Евангелія: «Онъ сказалъ имъ: кто разведется съ женою своею и женится на другой, тотъ прелюбодѣйствуетъ отъ нея» (Еванг. отъ Марка, гл. X ст. 11); «Всякій разводящійся съ женою своею и женящійся на другой прелюбодѣйствуетъ, и всякій женящійся на разведенной съ мужемъ прелюбодѣйствуетъ» (Еванг. отъ Луки, гл. XVI, ст. 18).

Признавая бракъ, совершонный другою церковью, католическая церковь не допускаетъ расторженія такого брака. Даже болѣе, въ случаѣ смѣшанныхъ браковъ католиковъ съ православными или лютеранами, расторженіе брака православною или евангелическою духовною властью не освобождаетъ католическаго супруга отъ признанія его, съ точки зрѣнія католической церкви, состоящимъ въ бракѣ.

Наибольшая легкость развода существуетъ въ Россіи для лицъ евангелическаго исповѣданія. Кромѣ причинъ, признаваемыхъ православною церковью, для лютеранъ имѣются слѣдующія причины къ разводу: неизлѣчимая прилипчивая и крайне отвратительная болѣзнь, сумасшествіе, развратная жизнь и противоестественные пороки, жестокое и угрожающее опасностью обхожденіе, намѣреніе лишить супруга чести, свободы, жизни, злонамѣренное оставленіе (т. XI ч. 1, изд. 1896 уст. иностр. исп. ст. 369). Такимъ образомъ сумасшествіе одного изъ супруговъ, которое для православныхъ можетъ послужить основаніемъ для признанія брака недѣйствительнымъ (т. X ч. 1 ст. 37, п. 1), для лютеранъ является основаніемъ къ расторженію дѣйствительнаго брака. Послѣдствіемъ развода по прелюбодѣянію является запрещеніе виновному супругу въ теченіе трехъ лѣтъ вступать въ новый бракъ до разрѣшенія консисторіи, которое можетъ быть дано по указаннымъ въ законѣ причинамъ (т. XI ч. 1, изд. 1896 г., ст. 331).

Для нехристіанъ основаніемъ къ расторженію брака, сверхъ поводовъ, допускаемыхъ ихъ вѣрою, служитъ присоединеніе одного изъ супруговъ къ христіанству. Лицо нехристіанскаго исповѣданія, по воспріятіи крещенія, можетъ пребывать въ

единобрачномъ сожительствѣ съ некрещеннымъ супругомъ; бракъ ихъ остается въ силѣ и безъ утвержденія его церковнымъ вѣнчаніемъ (т. X ч. 1 ст. 79). Такимъ образомъ при обоюдномъ согласіи такой бракъ продолжаетъ сохранять значеніе. Но при отсутствіи этого согласія бракъ можетъ быть расторгнутъ, при чемъ инициатива расторженія распредѣляется закономъ не однообразно. Въ бракѣ іудейскомъ она принадлежитъ супругу, оставшемуся въ прежней вѣрѣ, въ магометанскомъ—обращенному въ христіанство. Если мужъ или жена іудейскаго закона, по обращеніи другого супруга въ православіе, жить въ прежнемъ брачномъ союзѣ не пожелаютъ, то бракъ расторгается христіанскою духовною властью и обратившемуся лицу разрѣшается вступить въ бракъ съ христіаниномъ (т. X ч. 1 ст. 81). Слѣдуетъ полагать, что принятіе іудеемъ лютеранства не составляетъ основанія къ расторженію брака, потому что такое сожительство не противорѣчитъ догматамъ лютеранской церкви. Новокрещенный магометанинъ, если имѣлъ нѣсколько женъ, долженъ выбрать одну изъ нихъ, и бракъ ихъ продолжается; но если онъ не изъявитъ согласія жить съ некрещеною, то ему дозволяется вступить въ новый бракъ съ христіанкою (т. X ч. 1 стт. 82, 83).

§ 62.

Личныя и имущественныя отношенія супруговъ.

Литература: Жидъ, *Гражданское положеніе женщины съ древнѣйшихъ временъ*, 1902; Оршанскій, *Личныя и имущественныя отношенія супруговъ* („Суд. Журналъ“, 1874); Савельевъ, *Юридическія отношенія между супругами*, 1881; Рейнке, *Движеніе законодательствъ объ имущественныхъ правахъ замужней женщины* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1884, № 3); Азаревичъ, *Семейныя имущественныя отношенія по русскому праву* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1883, № 4); Шменинъ, *Личныя и имущественныя отношенія супруговъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1893, № 6); Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. II стр. 104–133; Качанъ, *О совмѣстной жизни супруговъ* („Ж. Спб. Юр. Общ.“, 1894, № 7); О. Пергаментъ, *Къ вопросу объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ по древнѣйшему русскому праву* („Ж. М. Н. Пр.“, 1894, № 11); Бардзкій, *Искъ мужа о водвореніи къ нему жены согласно ст. 103 т. X ч. I* („Ж. М. Ю.“, 1898, № 2); Боровиковскій, *Судъ и Семья* (Отчетъ судьи, в. 2, 1892, стр. 207—348); Загоровскій, *Курсъ семейственнаго права*, 1902; Синайскій, *Личное и имущественное положеніе замужней женщины въ гражданскомъ правѣ*, 1910.

I. Отношенія между супругами на Западѣ. Германскія племена внесли въ жизнь новыхъ народовъ взгляды

на семью, которые такъ прочно утвердились, что ни продолжительный періодъ времени, ни вліяніе рецепціи римскаго права, ни новыя идеи XVIII вѣка не въ состояніи были ихъ вытѣснить. По древне-германскому праву, жена находилась подъ опекою мужа (mundium), который былъ единственнымъ представителемъ семьи на внѣшней сторонѣ. Въ отношеніи женщинъ дѣйствовала вѣчная половая опека отца, братьевъ, мужа. Изъ личной подчиненности вытекала уже и имущественная несамостоятельность. Жена была хозяйкою дома, но ей ничего не принадлежало, даже то, что́ она принесла съ собою въ новую семью. Съ теченіемъ времени имущественная подчиненность перешла въ имущественное общеніе, какъ болѣе мягкое выраженіе того же юридическаго явленія.

Въ основу этой общности имущества между супругами поставлена была идея о соотвѣтствіи имущественнаго общенія съ личнымъ и нравственнымъ общеніемъ, вытекающимъ изъ брака. Въ дѣйствительности такая имущественная несамостоятельность замужней женщины, устанавливаемая большинствомъ современныхъ западно-европейскихъ законодательствъ, основывается не на идеѣ брака, а на правѣ личной власти мужа надъ женою, съ которымъ мало согласовалась бы имущественная независимость. Если бы общность имуществъ основывалась на брачномъ общеніи, то права обоихъ супруговъ были бы равны, а между тѣмъ всюду мужу предоставляется управленіе общимъ имуществомъ. Право мужа на пользованіе и распоряженіе общимъ имуществомъ не вытекаетъ изъ существовавшаго нѣкогда взгляда на вѣчную незрѣлость женщины, неспособность ея къ дѣламъ, потому что женщина до замужества и послѣ прекращенія брака пользуется такою же дѣеспособностью, какъ и мужчина.

Итакъ, устанавливаемое западными законодательствами общеніе имущества вытекаетъ исторически изъ личной подчиненности жены мужу. Вслѣдствіе этого, замужняя женщина на Западѣ, по законодательствамъ романскаго типа, не въ правѣ совершать юридическихъ сдѣлокъ безъ разрѣшенія мужа, не въ правѣ предъявлять искъ и вступать въ отвѣтъ по иску, предъявленному безъ его согласія. По кодексу Наполеона 1804 г., который съ особенною рѣзкостью выразилъ буржуазный взглядъ на женщину, жена подчиняется мужу въ дѣлѣ выбора мѣстожительства, въ воспитаніи дѣтей, вся ея переписка находится подъ контролемъ мужа. Нарушеніе супружеской вѣрности со стороны жены обсуждается строже, чѣмъ невѣрность мужа,

подъ тѣмъ предлогомъ, что проступокъ жены можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ появленіе въ семьѣ незаконныхъ дѣтей, тогда какъ невѣрность мужа теряетъ свое значеніе за дверьми дома. Французскій кодексъ признаетъ жену виновной въ прелюбодѣяніи, если бы даже ея поступокъ былъ единичный, тогда какъ со стороны мужа нарушеніе супружеской вѣрности предполагаетъ a) постоянную связь и b) въ своей квартирѣ; за прелюбодѣяніе мужу грозитъ денежный штрафъ, тогда какъ жена можетъ подвергнуться тюремному заключенію на время до двухъ лѣтъ; наконецъ, законъ находитъ оправданіе мужу, убившему свою жену, которую онъ засталъ въ моментъ нарушенія супружеской вѣрности (угол. код. § 324). Та же идея личной подчиненности жены мужу и ея имущественной несамостоятельности лежитъ въ основаніи германскихъ законодательствъ конца XVIII вѣка, какъ прусскій ландрехтъ, и начала XIX, какъ австрійское уложеніе. По прусскому праву не только жена находится въ личномъ подчиненіи «главѣ дома», но и «все, что она пріобрѣтаетъ во время брака, она пріобрѣтаетъ для мужа». По австрійскому праву, «мужъ есть глава семьи», ему преимущественно принадлежитъ право вести хозяйство, а жена обязана помогать ему по возможности въ веденіи хозяйства и въ пріобрѣтеніи средствъ. Даже саксонское уложеніе 1863 года лишало жену права заключать сдѣлки съ третьими лицами безъ разрѣшенія мужа.

Въ теченіе XIX вѣка произошли крупныя соціальныя измѣненія въ положеніи женщины. Главную роль здѣсь съигралъ экономическій факторъ. Торгово-промышленный типъ жизни толкнулъ женщину на путь самостоятельнаго труда, а вмѣстѣ съ тѣмъ и заработка, а въ результатѣ создалъ ей фактическую самостоятельность. Женщина на фабрикѣ, женщина во главѣ торговаго предпріятія, женщина, какъ представительница либеральныхъ профессій, поставили вопросъ о политической самостоятельности женщины, объ участіи ея въ дѣлахъ мѣстнаго самоуправленія и общегосударственныхъ. Имущественное и политическое положеніе, завоеванное женщиною въ теченіе прошлаго столѣтія, не могло не отразиться на ея положеніи въ семьѣ, и должно было вызвать измѣненія въ гражданскихъ законодательствахъ. Вопреки мнѣнію Потье, что господство мужа вытекаетъ изъ естественнаго права, вопреки мнѣнію Спенсера, что «законъ и въ будущемъ будетъ продолжать давать перевѣсъ мужу, какъ обладающему большимъ юридическимъ

смысломъ», новѣйшія законодательства, хотя и несмѣло, но неуклонно идутъ къ освобожденію жены изъ-подъ власти мужа, и къ уравненію супруговъ въ имущественныхъ отношеніяхъ. Германское уложеніе 1896 года не говоритъ ни слова о главенствѣ мужа. Правда, мужъ рѣшаетъ всѣ вопросы, касающіеся совмѣстной супружеской жизни, въ частности онъ избираетъ мѣсто жительство, но жена не обязана подчиняться рѣшенію мужа, если оно представляется злоупотребленіемъ съ его стороны своимъ правомъ (§ 1354). Мужъ обязанъ содержать свою жену, но, если мужъ не въ состояніи прокормить себя самого, то жена обязана доставлять мужу содержаніе (§ 1360). Мужъ можетъ ограничить или отмѣнить право жены на заключеніе сдѣлокъ съ третьими лицами, но если это является злоупотребленіемъ со стороны мужа своимъ правомъ, то опекунскій судъ, по просьбѣ жены, можетъ отмѣнить эту мѣру (§ 1357). Такимъ образомъ, власть мужа поставлена подъ контроль съ точки зрѣнія нравственныхъ мотивовъ, опредѣляющихъ его личное отношеніе къ женѣ. Еще сильнѣе выражено это начало въ швейцарскомъ кодексѣ 1907 года, которое послѣдовательно проводитъ принципъ государственнаго вмѣшательства въ семейную жизнь для защиты жены, которое власть мужа подчиняетъ власти суда. Правда, здѣсь снова появляется характеристика мужа, какъ главы семейнаго союза. Но, если одинъ изъ супруговъ пренебрегаетъ своими семейными обязанностями или подвергаетъ другого супруга опасности, позору или ущербу, то страдающая сторона можетъ обратиться къ помощи судьи. Судья стремится внушить виновному супругу его долгъ, а, при безуспѣшности, принимаетъ законныя мѣры къ обезпеченію интересовъ семьи. Супругъ можетъ воспользоваться раздѣльнымъ жительствомъ, если его здоровью, его репутаціи или его имущественному благополучію серьезно угрожаютъ условія совмѣстной жизни (§§ 169 и 170). Конечно, на этомъ законодательное движеніе не остановится, но во всякомъ случаѣ его тенденція уже ясно обнаружилась. Укрѣпленіе гражданскоправовой самостоятельности женщины будетъ идти послѣдовательно за расширеніемъ ея имущественной и политической самостоятельности.

Во Франціи имущественныя отношенія между супругами опредѣляются брачнымъ договоромъ, который, въ виду важности его, долженъ быть непремѣнно совершенъ въ нотаріальной формѣ. Имущественныя отношенія между супругами мо-

гутъ быть опредѣлены договоромъ по одной изъ слѣдующихъ четырехъ системъ, нормированныхъ закономъ: 1) система общности имуществъ, при которой образуется единая имущественная масса изъ всего пріобрѣтеннаго каждымъ супругомъ, при чемъ эта масса во время брака находится въ управленіи мужа, а по прекращеніи брака дѣлится пополамъ; 2) дотальная система, при которой приданое жены поступаетъ въ управленіе мужа, тогда какъ прочее имущество жены обособляется подъ управленіемъ жены; 3) система раздѣльности имуществъ; 4) система, исключающая общность, не отличается особо опредѣленными чертами и рѣдко встрѣчается въ жизни. Если супруги не заключили брачнаго договора, то отношенія опредѣляются системою общности имуществъ, которая признается законодателемъ наиболѣе отвѣчающею идеѣ брака и соотвѣтствующею историческимъ началамъ (франц. гражд. код. § 1393). Однако, имущественныя отношенія между супругами во Франціи должны подвергнуться значительному воздѣйствію въ сторону расширенія правъ жены вслѣдствіе изданнаго 13 іюля 1907 года закона о правѣ замужней женщины на трудовой ея заработокъ.

Несмотря на то, что Германія свыклась съ системою общности имуществъ, какъ съ національной, германское гражданское уложеніе признало основною формою имущественныхъ отношеній между супругами систему управленія. Супругамъ предоставляется договоромъ опредѣлить свои имущественныя отношенія, какъ имъ угодно, лишь бы не нарушались интересы третьихъ лицъ (§ 1432). Договоръ долженъ быть заявленъ въ реестръ участковаго суда по мѣсту жительства мужа. Однако, законодатель, въ видѣ образца, предлагаетъ нѣсколько системъ, т.-е.: a) систему полной общности, въ силу которой имущество мужа и жены сливаются въ одну массу; b) систему благопріобрѣтенной общности, въ силу которой сливается въ одну массу только пріобрѣтенное каждымъ супругомъ во время брака, но не до брака; c) систему движимой общности, въ силу которой сливаются только движимыя имущества супруговъ, и d) систему раздѣльности, въ силу которой имущества супруговъ признаются раздѣльными. Если ни одна изъ этихъ системъ не установлена соглашеніемъ, то имущественныя отношенія супруговъ опредѣляются законною системою (§§ 1363—1431). Имущество жены, пріобрѣтенное ею до брака или во время брака, поступаетъ въ управленіе и пользованіе мужа. Это право мужа не распространяется на имущество жены, пріобрѣтенное

ею собственнымъ трудомъ и самостоятельною промышленною дѣятельностью. Также независимо отъ управленія мужа и все дошедшее къ женѣ подъ этимъ условіемъ по даренію или по завѣщанію.

Въ Англіи еще недавно бракъ имѣлъ своимъ послѣдствіемъ сліяніе въ юридическомъ отношеніи лица жены съ лицомъ мужа (coverture), такъ что мужъ не могъ совершить договора съ женою, потому что нельзя вступать въ договоры съ самимъ собою, а договоры, заключенные до брака, прекращались въ силу сліянія. Преступленія, совершонныя женою въ присутствіи мужа, вмѣнялись въ вину ему. Такъ какъ и по англійскому праву преобладаніе въ семьѣ дано мужу, то дѣло сводилось къ полному подчиненію всего имущества обоихъ супруговъ одному мужу. Онъ имѣлъ полное и безотчетное право на всю движимость, пріобрѣтаемую женою, хотя бы личнымъ трудомъ; ему принадлежало право пользованія, хотя и безъ права отчужденія, недвижимостями, дошедшими къ женѣ въ видѣ приданаго, дара, наслѣдства. Законы 1870 и 1874 гг. сдѣлали первую попытку поставить жену въ болѣе независимое положеніе. За нею было признано право на ея личные заработки, на жалованіе, рабочую плату, литературный гонораръ, на доходъ отъ промысла или торговли, которые она ведетъ независимо отъ мужа. Пріобрѣтаемая ею движимость по даренію или наслѣдству не свыше 200 ф. ст., а также доходы съ принадлежащихъ ей недвижимостей составили ея исключительное право. Наконецъ, законъ 1882 г. установилъ полную раздѣльность въ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ, признавъ за незамужнею женщиною матеріальную и процессуальную дѣеспособность. Въ томъ же духѣ составленъ законъ 1893 г., опредѣляющій отношенія замужней женщины къ третьимъ лицамъ по заключеннымъ сдѣлкамъ.

II. Исторія личныхъ и имущественныхъ отношеній супруговъ въ Россіи. Современное русское законодательство, придерживаясь того же взгляда на личную подчиненность жены мужу, въ имущественномъ отношеніи устанавливаетъ полную самостоятельность ея. Такое уклоненіе русскаго законодательства отъ западныхъ составляетъ загадку исторіи русскаго права, къ рѣшенію которой было предложено нѣсколько отвѣтовъ. По мнѣнію нѣкоторыхъ (Неволинъ, Побѣдоносцевъ), установленный въ нашемъ законодательствѣ принципъ раздѣльности имуществъ между супругами вытекаетъ не-

посредственно изъ всей исторіи, въ которой это начало выразилось будто бы съ замѣчательною послѣдовательностью. По мнѣнію другихъ (Сергѣевичъ, Владимірскій-Будановъ) въ историческомъ развитіи обнаруживается преемственно три типа отношеній: a) въ древнѣйшее время вмѣстѣ съ лицомъ жены и самое имущество ея подчиняется власти мужа; b) во второй періодъ до XVIII в. господствуетъ начало общности семейныхъ имуществъ лишь съ нѣкоторыми исключеніями въ пользу раздѣльности, c) и только въ XVIII вѣкѣ устанавливается закономъ нынѣ дѣйствующее право полной раздѣльности имуществъ супруговъ.

Въ древнѣйшій періодъ русской исторіи семья, какъ и всюду, пользовалась автономіей. Личныя имущественныя отношенія между членами семьи не подлежали законодательнымъ опредѣленіямъ. Этимъ обстоятельствомъ объясняется бѣдность указаній на семейныя права въ историческихъ и юридическихъ памятникахъ. Опредѣленіе характера отношеній супруговъ можетъ быть сдѣлано только на основаніи общихъ памятниковъ литературы и нѣкоторыхъ современныхъ обрядовъ, являющихся отголоскомъ далекой старины.

Въ эпоху господства патріархальныхъ началъ едва ли подлежитъ сомнѣнію полное подчиненіе жены власти мужа. При невмѣшательствѣ государства во внутреннюю жизнь семьи трудно даже отличить эту власть отъ власти надъ рабами. Въ пользу личной подчиненности указываетъ обрядъ разуванія, который показался, напр., Рогнѣдѣ слишкомъ унизительнымъ въ отношеніи къ Владимиру, сыну рабыни. На это уже указываетъ существующій въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ обрядъ, по которому отецъ новобрачной ударяетъ ее плетью, и передаетъ послѣднюю мужу. Владимиръ Мономахъ, въ поученіи своемъ дѣтямъ, говоритъ: «жену свою любите, но не давайте ей надъ собой власти». При личномъ подчиненіи жены не могло быть и рѣчи объ имущественной ея самостоятельности. Упоминаніе о томъ, что Ольгѣ принадлежалъ городъ Вышгородъ, не противорѣчитъ этому взгляду, потому что въ этомъ примѣрѣ частноправовой элементъ отступаетъ передъ публичнымъ и притомъ княгиня въ то время была безъ мужа. Такимъ образомъ вся вѣроятность говоритъ въ пользу того предположенія, что въ этотъ періодъ имущество принадлежало мужу, а жена находилась въ полной личной и имущественной подчиненности.

Въ московскую эпоху государственная власть слишкомъ была

занята интересами политической самостоятельности Россіи, чтобы обращать вниманіе на семейныя отношенія. Но условія общественной жизни были мало благопріятны для развитія независимости замужней женщины. Подъ татарскимъ вліяніемъ послѣдняя лишилась той свободы, которою пользовалась прежде, и подверглась заключенію въ теремъ. Господству мужа не ставилось никакихъ границъ, и фактически жена была во власти мужа. Въ описаніяхъ иностранцевъ встрѣчается много указаній на жестокое обращеніе мужей съ женами. Достаточно вспомнить картину семейныхъ отношеній и идеалъ, обрисованные Домостроемъ. Предупреждая, чтобы «за всякую вину по уху или по лицу ни бити, ни кулакомъ подъ сердце, ни пинкомъ, ни посохомъ ни колотити», Домострой совѣтуетъ: «а плетью бити и разумно, и больно, и страшно, и здорово». Іоаннъ IV повелѣлъ признавать недѣйствительными назначенія мужей въ завѣщаніи женъ душеприказчиками, потому что онѣ «въ волѣ мужей». Относительно имущественной сферы Владимірскій-Будановъ высказываетъ предположеніе о существованіи въ періодъ съ XIV до XVII в. системы общности имуществъ между супругами. Однако, подтвержденія этому взгляду въ памятникахъ не находится, а, напротивъ, встрѣчаются самыя противорѣчивыя указанія и на раздѣльность и на управленіе мужа приданымъ жены. Постановленіе уложенія (XVII, 2), по которому «купленная вотчина женѣ его, вольно ей въ той вотчинѣ, какъ похочетъ, нѣтъ до нея никому дѣла», свидѣтельствуетъ не объ общности имущественной, а о правѣ наслѣдованія послѣ мужа въ имуществахъ, пріобрѣтенныхъ не подъ условіемъ службы. Основывать общность имуществъ между супругами на купчихъ грамотахъ, гдѣ говорится «се азъ... продалъ есми... и его женѣ и его дѣтямъ въ прокъ безъ выкупу вотчину» невозможно, потому что изъ такихъ грамотъ слѣдовало бы вывести и общность имуществъ между родителями и дѣтьми. Такимъ образомъ, юридическая сторона имущественныхъ отношеній между супругами въ московскій періодъ не поддается опредѣленію.

Петръ I много способствовалъ освобожденію русской женщины. Весь XVIII вѣкъ, несмотря на отдѣльные примѣры противоположнаго свойства, представляетъ собою послѣдовательный ходъ развитія личности женщины. Несмотря на такую перемѣну въ бытовыхъ условіяхъ, замужняя женщина осталась и до сихъ поръ юридически остается подчиненною неограни-

ченной власти мужа. Напротивъ, въ имущественномъ положеніи XVIII вѣкъ представляетъ нѣсколько колебаній, которыя въ XIX столѣтіи разрѣшаются признаніемъ полной самостоятельности женщины. Въ 1753 году Сенатъ по дѣлу Головиной нашелъ, что жена можетъ продать и заложить свое имѣніе безъ согласія мужа. Въ 1763 году Сенатъ призналъ недѣйствительность договоровъ между супругами въ виду личной зависимости жены отъ мужа,—«яко подвластныя у мужей».

Въ Сводѣ Законовъ отношенія между супругами съ личной стороны опредѣляется тѣмъ, что мужъ признается «главою семейства», а жена — «хозяйкою дома» (т. X ч. 1 ст. 107). Отношеніе мужа къ женѣ характеризуется началомъ покровительства: онъ долженъ любить ее, какъ собственное тѣло, жить съ нею въ согласіи, уважать, защищать, извинять ея недостатки и облегчать ея немощи (т. X ч. 1 ст. 106). Отношеніе жены къ мужу характеризуется началомъ повиновенія: жена обязана повиноваться своему мужу, пребывать къ нему въ любви, почтеніи и въ неограниченномъ послушаніи, оказывать ему всякое угожденіе и привязанность (т. X ч. 1 ст. 107). Неограниченному послушанію жены соотвѣтствуетъ «неограниченная власть» мужа (т. X ч. 1 ст. 179). И рядомъ съ такой постановкой личныхъ отношеній между супругами Сводъ Законовъ устанавливаетъ принципъ полной раздѣльности въ имущественныхъ отношеніяхъ и проводитъ его весьма послѣдовательно. Естественно, что такое противорѣчіе между началомъ личной власти мужа и началомъ имущественной самостоятельности жены, а также необоснованность начала имущественной раздѣльности историческими данными, вызываетъ недоумѣніе.

Въ объясненіе точки зрѣнія, принятый Сводомъ Законовъ приводятъ различныя основанія. Нѣкоторое значеніе придается вліянію русскихъ императрицъ, которыя приняли къ сердцу положеніе женщины (Мейеръ), хотя это предположеніе никакими данными не подтверждается, ни законами, ни сенатскими указами. Было высказано мнѣніе (Оршанскій), что начало раздѣльности основано не на историческихъ данныхъ, не на указахъ, даже не на склонности къ этой системѣ составителей Свода, а только на отсутствіи всякихъ постановленій, ограничивающихъ независимость замужней женщины. Однако, такое объясненіе кажется мало вѣроятнымъ въ виду бытовой важности вопроса. Очевидно, Сводъ Законовъ не сталъ въ противорѣчіе съ жизнью, а напротивъ, соотвѣтствовалъ обычаямъ.

На отсутствіи указовъ можно было бы основать съ одинаковымъ успѣхомъ и запрещеніе женщинѣ распоряжаться своимъ имуществомъ. Проекты гражданскаго уложенія 1809 и 1814 года, составленные задолго до Свода, кладутъ въ основу своихъ постановленій систему имущественной раздѣльности.

III. Личныя отношенія. Идея общенія предполагаетъ равенство общественнаго положенія супруговъ. Тамъ, гдѣ сохранились сословныя начала, вопросъ этотъ имѣетъ немаловажное значеніе. Какими *правами состоянія* должны пользоваться оба супруга при принадлежности ихъ къ разнымъ сословіямъ? По русскому законодательству уравненіе супруговъ имѣетъ мѣсто только въ томъ случаѣ, когда жена принадлежитъ къ низшему состоянію, чѣмъ мужъ. Мужъ сообщаетъ женѣ своей, если она по роду своему принадлежитъ къ состоянію низшему, всѣ права и преимущества, сопряженныя съ его состояніемъ, чиномъ и званіемъ (т. IX ст. 5, т. X ч. 1 ст. 100, т. IX стт. 44, 53, 367, 493, 539, 542, 710). Безразлично, принадлежали ли мужу права состоянія до брака или пріобрѣтены имъ въ бракѣ. Наоборотъ, жена, принадлежащая къ высшему состоянію, не сообщаетъ мужу своихъ сословныхъ правъ, но и сама не теряетъ ихъ. Дворянка, вышедшая замужъ за мѣщанина, не теряетъ дворянства. Въ купеческое свидѣтельство, выдаваемое на имя мужа, можетъ быть внесена жена; въ выданное же на имя жены свидѣтельство мужъ внесенъ быть не можетъ (т. IX, ст. 537). Исходя изъ принятаго нашимъ закономъ принципа, въ силу котораго женщина, пользующаяся лично бо́льшими правами состоянія, при выходѣ замужъ за человѣка, имѣющаго низшія права, сохраняетъ въ своемъ лицѣ всѣ преимущества,—слѣдуетъ придти къ заключенію, что еврейка, пользующаяся лично, по образованію, правомъ повсемѣстнаго жительства, не утрачиваетъ этого права, если вступитъ въ бракъ съ евреемъ, обязаннымъ жить въ чертѣ осѣдлости, тогда какъ еврейка, пользовавшаяся этимъ правомъ только какъ дочь, при выходѣ замужъ за еврея, обязаннаго проживать въ чертѣ осѣдлости, слѣдуетъ положенію своего мужа (указъ 1 деп. 1908, № 1509).

Жена не только пользуется правами мужа, но пріобрѣтаетъ ихъ въ своемъ лицѣ. Поэтому она не утрачиваетъ ихъ въ случаѣ смерти мужа, лишенія его всѣхъ правъ состоянія (т. X ч. 1 ст. 101), развода. Въ послѣднемъ случаѣ, возбуждается сомнѣніе, сохраняетъ ли жена права состоянія мужа или утра-

чиваетъ ихъ. Разводъ есть прекращеніе брака дѣйствительнаго, т.-е. такого, который имѣлъ всѣ юридическія послѣдствія. Если женщина пріобрѣла права состоянія мужа вступленіемъ въ бракъ, то она не теряетъ ихъ впослѣдствіи, когда наступаетъ фактъ, прекращающій бракъ, т.-е. смерть или разводъ (указъ 1 деп. Сен. 1903 № 9773, по поводу женъ евреевъ). Что касается фамиліи, то взгляды законодательствъ по этому вопросу противорѣчивы. Германское уложеніе сохраняетъ за разведенной женой фамилію мужа, если она сама не пожелаетъ возвратиться къ прежней (§ 1577). Французскій законъ 6 февр. 1893 года разрѣшилъ этотъ вопросъ въ противоположномъ смыслѣ, возстанавляя фамилію, которою пользовалась жена до замужества. Швейцарскій кодексъ 1907 года точно также возстановляетъ за разведенною женою ея прежнюю фамилію. Въ томъ же духѣ рѣшаетъ этотъ вопросъ и англійское право по закону 1857 г. У насъ вопросъ этотъ представляется тѣмъ болѣе сомнительнымъ, что законъ нашъ ничего не говоритъ о пріобрѣтеніи женою права на фамилію мужа, если не считать конечно, косвеннаго намека (т. IX ст. 79), предполагающаго существованіе общаго закона, котораго въ дѣйствительности нигдѣ нѣтъ.

Главная личная обязанность, вытекающая изъ брака,—это *совмѣстное жительство*. Сожительство основывается на идеѣ брачнаго общенія и на правѣ личной власти мужа. Этимъ объясняется неравномѣрность распредѣленія обязанностей. Супруги обязаны жить вмѣстѣ, говоритъ законъ, а посему при переселеніи, при поступленіи на службу или при иной перемѣнѣ постояннаго жительства мужа, жена должна слѣдовать за нимъ (т. X ч. 1 ст. 103). Такимъ образомъ мѣсто жительства семьи опредѣляется мѣстомъ жительства мужа, если только онъ имѣетъ постоянную осѣдлость. Самъ законъ, однако, устанавливаетъ исключенія изъ общаго правила, не говоря уже о томъ, что обязанность сожительства прекращается передъ дверьми тюрьмы и у воротъ казармы. a) Когда одинъ изъ супруговъ приговоренъ къ наказанію, сопряженному съ лишеніемъ правъ состоянія, то другой супругъ можетъ за нимъ не слѣдовать (т. X ч. 1 ст. 50). b) Въ случаѣ состоявшагося приговора крестьянскаго общества объ удаленіи изъ его среды вреднаго члена его, женѣ удаляемаго предоставляется, если она того пожелаетъ, не слѣдовать за нимъ въ мѣсто новаго водворенія (т. XIV, уст. пред. прест. по Прод. 1906, ст. 205, прил. ст. 71).

Если обязанность жены жить вмѣстѣ съ мужемъ основывается на его правѣ личной власти (т. X ч. 1 ст. 107 и 108), то мужъ можетъ настаивать на своемъ правѣ въ случаѣ уклоненія жены отъ сожительства. Если обязанность жены не только нравственная, но и юридическая, то требованіе мужа должно подлежать удовлетворенію со стороны суда и исполненію (manu militari). Но здѣсь-то и обнаруживается неосуществимость правъ личной власти мужа, потому что задержаніе послѣднимъ жены составляетъ уголовное преступленіе, наказуемое строже даже, чѣмъ лишеніе свободы посторонняго лица (улож. наказ. ст. 1544). На практикѣ признаніе судомъ правъ мужа приводитъ къ слѣдующимъ результатамъ. «Отвѣтчица, она же и объектъ иска, являлась съ судебнымъ приставомъ въ домъ мужа; приставъ дѣлалъ на исполнительномъ листѣ надпись, что рѣшеніе приведено въ исполненіе и уходилъ, а вслѣдъ за нимъ уходила и отвѣтчица. Мужъ снова обращался къ судебному приставу, но тотъ отвѣчалъ, что ему больше нечего дѣлать: исполненіе рѣшенія уже исчерпано и вторичному исполненію рѣшеніе не подлежитъ» (Боровиковскій). Съ другой стороны, если бы судъ удовлетворилъ прошеніе жены о водвореніи ея къ мужу и судебный приставъ открылъ ей силою двери квартиры, то нѣтъ никакихъ юридическихъ средствъ воспрепятствовать мужу, чтобы онъ не дѣлалъ жизнь жены въ квартирѣ невозможной или просто не выдворилъ ее насильно.

Обязанность сожительства основана на правѣ личной власти, отъ котораго мужъ не можетъ отречься и котораго не можетъ отчуждать. Поэтому воспрещаются всѣ акты, клонящіеся къ самовольному разлученію супруговъ (т. X ч. 1 ст. 46 и 103). Такіе акты были бы недѣйствительны, если бы даже законъ и не указывалъ на то. Въ практикѣ этому постановленію даютъ чрезмѣрно широкое значеніе и готовы уничтожать всякій актъ, въ которомъ есть указаніе на раздѣльное жительство. Сенатъ истолковалъ запрещеніе закона въ смыслѣ недопустимости актовъ, направленныхъ на самовольное расторженіе супружеской связи между мужемъ и женою (кас. рѣш. 1879, № 309). Такое толкованіе не можетъ быть признано вѣрнымъ, потому что невозможность самовольнаго расторженія брака и безъ того слѣдуетъ изъ всѣхъ постановленій о порядкѣ его установленія и прекращенія, а во-вторыхъ потому, что ст. 103 говоритъ о правахъ и обязанностяхъ, вытекающихъ изъ брака и предполагающихъ его существованіе, а не расторженіе. Истин-

ное значеніе указанной статьи заключается въ признаніи недѣйствительности отреченія со стороны мужа, въ какой бы то ни было формѣ, отъ своего права личной власти.

На основаніи того же постановленія въ практикѣ давно установился взглядъ на невозможность *выдачи паспорта* женѣ безъ разрѣшенія мужа. При нашей паспортной системѣ этотъ порядокъ представляется чрезвычайно стѣснительнымъ, особенно въ низшемъ классѣ, лишая женщину возможности самостоятельнаго заработка. Правило это представляется тяжелымъ, когда пребываніе мужа неизвѣстно; оно становится возмутительнымъ, когда дѣлается предметомъ вымогательства. Между тѣмъ этотъ порядокъ не имѣлъ подъ собою законнаго основанія при прежней паспортной системѣ. Нигдѣ въ нашемъ законодательствѣ не было указано, что администрація можетъ выдавать женѣ видъ на жительство только съ согласія мужа. Указывали на запрещеніе актовъ, клонящихся къ разлученію супруговъ, и подводили паспортъ подъ видъ такихъ актовъ. Но если бы это было такъ, то паспортъ не могъ бы быть выданъ женѣ и при согласіи мужа, не могъ бы быть выданъ мужу безъ согласія жены. Правъ же личной власти выданный паспортъ не нарушаетъ, такъ какъ служитъ только удостовѣреніемъ личности, и мужъ всегда сохраняетъ право, несмотря на выданный съ его согласія отдѣльный видъ, потребовать жену къ совмѣстному сожительству. Между тѣмъ этотъ взглядъ, распространенный прежде въ административной сферѣ, хотя и не опиравшійся на законъ, нашелъ себѣ выраженіе въ положеніи 3 мая 1894 г. о видахъ на жительство, гдѣ уже рѣшительно постановляется, что замужнія женщины, независимо отъ ихъ возраста, получаютъ отдѣльные виды не иначе, какъ съ согласія мужа (ст. 12). Это законодательное разрѣшеніе спорнаго вопроса едва ли можно признать удачнымъ. По закону 18 іюля 1897 года женѣ лица, находящагося въ безвѣстномъ отсутствіи или страдающаго умопомѣшательствомъ, можетъ быть выданъ паспортъ по распоряженію губернатора или градоначальника. Указомъ Сената предложено крестьянскимъ учрежденіямъ выдавать крестьянкамъ паспорты помимо согласія мужей, если послѣдніе окажутся виновными въ жестокомъ обращеніи (1 Общ. Собр. 30 ноября 1899 года), а циркуляромъ министра внутреннихъ дѣлъ отъ 21 декабря 1902 года разъяснено, что женамъ-крестьянкамъ, которыя живутъ отдѣльно отъ мужей 5 лѣтъ и добываютъ своимъ трудомъ средства

къ существованію, можно выдавать виды на жительство безъ разрѣшенія мужей. Если можно крестьянкамъ, почему нельзя прочимъ? Если законъ необязателенъ, то зачѣмъ стѣсняться предѣлами его нарушенія?

Изъ права личной власти мужа выводится *запрещеніе нѣкоторыхъ сдѣлокъ безъ разрѣшенія мужа*, именно вступленія въ договоръ личнаго найма (т. X ч. 1 ст. 2202), и выдачи или передачи векселей (уст. векс. ст. 2). Первый договоръ устанавливаетъ фактически такую личную близость и зависимость жены къ нанимателю, которая можетъ стать, по мнѣнію закона, въ противорѣчіе съ правами мужа. Недопустимость вексельныхъ обязательствъ представляется несоотвѣтствующею современному порядку взысканія по векселямъ, потому что нынѣ не существуетъ болѣе личнаго задержанія, которое въ прежнее время могло противорѣчить правамъ мужа.

Бракъ возлагаетъ на супруговъ *обязанность вѣрности*. Нашъ законъ, въ противоположность нѣкоторымъ западнымъ законодательствамъ, относится съ одинаковою строгостью какъ къ мужу, такъ и къ женѣ. По русскому праву нарушеніе супружеской вѣрности, носящее названіе прелюбодѣянія, влечетъ за собою, по жалобѣ другого супруга, одно изъ двухъ послѣдствій. Преслѣдованіе, возбужденное въ уголовномъ порядкѣ, передъ свѣтскимъ судомъ, можетъ привести виновнаго супруга къ заключенію въ монастырѣ или тюрьмѣ на время отъ 4 до 8 мѣсяцевъ (улож. наказ. ст. 1585). Преслѣдованіе, возбужденное въ гражданскомъ порядкѣ, передъ духовнымъ судомъ, можетъ повлечь расторженіе брака.

Нравственное общеніе, устанавливаемое бракомъ, стѣсняетъ возможность *свидѣтельства на судѣ* однимъ супругомъ за или противъ другого. Показанія за супруга не внушаютъ достаточнаго довѣрія, показанія противъ супруга несогласны съ ихъ взаимными обязанностями. Въ гражданскомъ процессѣ супруги тяжущихся безусловно не допускаются къ свидѣтельству и устраняются самимъ судомъ отъ показаній (уст. гражд. суд. ст. 371 п. 4). Въ уголовномъ процессѣ мужъ или жена подсудимаго лица могутъ устранить себя отъ свидѣтельства, а если не пожелаютъ воспользоваться этимъ правомъ, то допрашиваются безъ присяги (уст. угол. суд. ст. 705).

IV. Имущественныя отношенія. Русское законодательство устанавливаетъ полную раздѣльность имуществъ между супругами. Бракомъ не составляется общеніе имущества су-

пруговъ; каждый изъ нихъ можетъ имѣть и вновь пріобрѣтать отдѣльную собственность (т. X ч. 1 ст. 109). Приданое жены, равно какъ имущество, пріобрѣтенное ею или на ея имя во время замужества черезъ куплю, даръ, наслѣдство или инымъ законнымъ способомъ, признается ея отдѣльною собственностью (т. X ч. 1 ст. 110). Изъ *принципа раздѣльности имущества* вытекаетъ возможность для каждаго супруга распоряжаться своимъ имуществомъ прямо отъ своего имени, независимо другъ отъ друга и не испрашивая на то взаимно дозволенія (т. X ч. 1 ст. 114). Отсюда же слѣдуетъ, что, какъ самостоятельные субъекты, супруги могутъ вступать между собою во всевозможныя сдѣлки дарственнаго и возмезднаго свойства (т. X ч. 1 ст. 116). Одинъ супругъ не отвѣчаетъ своимъ имуществомъ за долги другого.

При совмѣстной жизни создается общая обстановка, пріобрѣтаемая на средства одного или обоихъ супруговъ. Относительно этой обстановки возникаетъ между супругами нѣкоторая матеріальная общность, но только фактически. Это имущество не можетъ быть привлечено къ отвѣтственности полностью по долгамъ каждаго изъ супруговъ. Трудность заключается въ опредѣленіи доли, на которую имѣетъ право каждый изъ супруговъ, а слѣдовательно и его кредиторы. Нашъ законъ устанавливаетъ предположеніе, что вещи, составляющія домашнюю обстановку, принадлежатъ тому супругу, съ котораго производится взысканіе, пока и насколько не будетъ доказано противное.

При взысканіи съ одного изъ супруговъ подвергается описи и продажѣ вся движимость, находящаяся въ общей ихъ квартирѣ, за исключеніемъ платья и бѣлья другого супруга и вещей, о принадлежности которыхъ этому супругу представлены доказательства (уст. гражд. суд. ст. 976). Такое правило необходимо въ интересѣ кредиторовъ, отъ которыхъ иначе всегда ускользали бы вещи, имѣющія иногда значительную цѣнность. Это правило не является нарушеніемъ принципа раздѣльности и не составляетъ послѣдствія брака, потому что такое же правило могло бы имѣть примѣненіе ко взысканію съ одного изъ нѣсколькихъ лицъ, живущихъ вмѣстѣ.

При несостоятельности одного изъ супруговъ, имущество другого не входитъ въ конкурсную массу. Однако, относительно вещей, находящихся въ общей квартирѣ, законъ установилъ, въ интересѣ кредиторовъ, правило, по которому обя-

занность доказыванія его принадлежности лежитъ не на конкурсномъ управленіи, а на другомъ супругѣ (уст. суд. торг. ст. 465). Затѣмъ даже обособленное имущество супруга можетъ быть обращено въ конкурсную массу, если оно перешло къ нему дарственнымъ путемъ отъ несостоятельнаго должника въ теченіе послѣднихъ 10 лѣтъ передъ конкурсомъ. Далѣе, если вещи пріобрѣтены однимъ супругомъ у другого возмездно, законъ возлагаетъ на перваго обязанность доказать, что пріобрѣтеніе было сдѣлано не на деньги, дошедшія отъ несостоятельнаго (уст. суд. торг. ст. 461). Здѣсь также нѣтъ нарушенія принципа раздѣльности имуществъ, потому что такое же опроверженіе сдѣлокъ и поворотъ имущества допускается относительно дѣтей и родственниковъ.

Если въ пользу третьихъ лицъ дѣйствуетъ предположеніе ст. 976 уст. гражд. суд., и если въ пользу обоихъ супруговъ, защищающихся противъ третьихъ лицъ, дѣйствуетъ предположеніе ст. 534 т. X, ч. 1, то во взаимныхъ отношеніяхъ супруговъ другъ къ другу эти предположенія силы имѣть не могутъ. Въ спорѣ супруговъ между собою самое владѣніе однимъ изъ нихъ не можетъ еще создавать презумцію права собственности, потому что при общей обстановкѣ нѣтъ отдѣльнаго владѣнія (кас. рѣш. 1899, № 14). Но какъ только одинъ изъ супруговъ обособляетъ какія либо части изъ общей обстановки, напр. сдаетъ отъ своего имени на храненіе домашнее серебро, какъ немедленно возстановляется сила ст. 534, и уже другому супругу или его наслѣдникамъ придется доказывать свое право собственности.

На мужѣ лежитъ *обязанность содержанія жены* (т. X ч. 1 ст. 106). Идея такой обязанности внушена законодателю всѣмъ складомъ общественныхъ отношеній, при которыхъ средства для существованія семьи добываются обыкновенно мужчиною. Ему открытъ доступъ ко всевозможнымъ занятіямъ, его воспитаніе подготовляетъ дѣятеля въ области торговли, промышленности, службы государственной и частной, науки, искусства. Стоя на точкѣ зрѣнія такого представленія, нашъ законъ, сложившійся въ началѣ XIX вѣка, отличается отъ новѣйшихъ законодательствъ, которыя, принимая во вниманіе происшедшую перемѣну въ соціальномъ положеніи женщины, возлагаютъ и на жену обязанность содержанія мужа (герм. гражд. улож. § 1360, швейц. гражд. код. § 159).

Право жены на содержаніе имѣетъ имущественный харак-

теръ, такъ какъ это есть право требовать отъ мужа части его доходовъ. Въ то же время это право имѣетъ личный характеръ, потому что право содержанія присвоено опредѣленному лицу, безъ возможности отчужденія его, потому что требованіе содержанія обращается къ лицу мужа, а не къ преемникамъ его. Со смертью того и другого лица прекращаются и право и обязанность. Право такъ тѣсно связано съ своимъ субъектомъ, что послѣдній не можетъ даже отречься отъ него, и всѣ договоры, имѣющіе своею цѣлью снятіе и ограниченіе обязанности содержанія, должны быть признаны недѣйствительными. Однако, право жены не должно быть разсматриваемо, какъ право на самое имущество мужа: оно направлено только на періодическіе доходы, но не на самый источникъ ихъ. Поэтому, если у мужа нѣтъ капитала или недвижимости, онъ все же несетъ свою обязанность, насколько не лишенъ рабочей силы, дающей ему самому пропитаніе. Такъ какъ обязанность содержанія основывается на предположеніи отсутствія источника средствъ у жены, то наличность у нея имущества, обезпечивающаго ей такое же существованіе, какое могъ бы доставить ей мужъ, устраняетъ возможность требованія съ ея стороны содержанія.

Величина содержанія, на которое имѣетъ право жена, опредѣляется потребностями жены и средствами мужа или, какъ выражается законъ,—мужъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе «по состоянію и возможности своей» (т. X ч. 1 ст. 106). Состояніе, о которомъ говоритъ законъ, слѣдуетъ понимать въ смыслѣ общественнаго положенія и вытекающихъ изъ него потребностей. Въ эпоху составленія Свода Законовъ, въ сословной и помѣщичьей Россіи, общественное положеніе только и опредѣлялось состояніемъ лица. Такъ понимаетъ это устарѣлое выраженіе и наша судебная практика (кас. рѣш. 1882, № 152). Возможно, что потребности будутъ значительно выше средствъ ихъ удовлетворенія, напр., въ разорившейся аристократической семьѣ. Возможно, что средства превосходятъ высоту потребностей, напр., у разбогатѣвшаго купца, не успѣвшаго соотвѣтственно развиться. Размѣръ содержанія долженъ непремѣнно сообразоваться съ обѣими величинами. Поэтому доля средствъ мужа, которая должна пойти на содержаніе жены, не можетъ быть заранѣе опредѣлена. У мужа могутъ быть милліонные капиталы, но изъ нихъ только малая сумма должна быть выдаваема, если она отвѣчаетъ уровню

потребностей жены. Если объемъ потребностей представляется довольно устойчивымъ, за то величина другого мѣрила, средствъ, подвержена постояннымъ колебаніямъ. Соотвѣтственно тому мужъ пріобрѣтаетъ основаніе требовать уменьшенія суммы, выдаваемой женѣ на содержаніе, когда докажетъ сокращеніе своихъ доходовъ, и жена не лишена права требовать увеличенія этой суммы, когда докажетъ повышеніе доходовъ мужа. Ни договоры, ни судебныя рѣшенія не могутъ служить къ тому препятствіемъ (кас. рѣш. 1890, № 18).

Обязанность мужа выдавать женѣ содержаніе не стоитъ безусловно въ зависимости отъ совмѣстной жизни (кас. рѣш. 1906, № 8). Даже при раздѣльномъ жительствѣ, при намѣренномъ оставленіи другъ друга, мужъ продолжаетъ нести обязанность, если сожительство нарушено по его винѣ, и онъ уклоняется отъ принятіи жены въ домъ (кас. рѣш. 1876, № 41; 1893, № 106). Такимъ образомъ, при раздѣльной жизни, мужъ обязывается и присуждается въ выдачѣ вознагражденія условно, пока уклоняется отъ совмѣстнаго жительства. Однако, намѣреніе его должно быть серьезнымъ, а не притворнымъ, для избѣжанія только платежа; возвращеніе жены должно быть нравственно возможнымъ, чего нѣтъ, напр., въ случаѣ, когда мужъ поселилъ у себя любовницу. Суду надлежитъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ оцѣнить, насколько серьезно предложеніе мужа принять жену, и возможно ли для послѣдней воспользоваться такимъ предложеніемъ (кас. рѣш. 1890, № 18). Если совмѣстное сожительство стало невозможнымъ по винѣ жены, то послѣдняя не имѣетъ права требовать отъ мужа содержанія, въ противномъ случаѣ за нею было бы признано право требовать отъ другого исполненія своихъ обязанностей въ то время, какъ она нарушаетъ свои въ отношеніи къ этому лицу.

Если, вслѣдствіе отказа со стороны мужа выдавать содержаніе, жена принуждена была сдѣлать долги, то мужъ обязанъ возмѣстить ей эту сумму, очистить отъ обязательствъ. Предполагается, что сдѣланные долги вызваны необходимостью, а не роскошью. Сами кредиторы непосредственно къ мужу не имѣютъ никакого требованія, потому что онъ нарушаетъ ихъ интересы, но не права. Если жена не доказала своей задолженности по причинѣ отказа въ содержаніи, то содержаніе можетъ быть присуждено только со времени предъявленія требованія.

Возлагая на мужа обязанность содержать свою семью, за-

конъ не возлагаетъ на жену обязанности участвовать въ расходахъ на семейную жизнь, когда жена имѣетъ самостоятельныя средства. Такое привлеченіе ея не только не противорѣчило бы идеѣ раздѣльности имуществъ, но вполнѣ отвѣчало бы ей, какъ это и постановляетъ германское уложеніе на случай принятой супругами системы раздѣльности (§ 1427).

§ 63.

Личныя и имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми.

Литература: Побѣдоносцевъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, стр. 133—195; Кавелинъ, *Очеркъ юридическихъ отношеній, возникающихъ изъ семейнаго союза*, стр. 82—109; Оршанскій, *О приданомъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1872, № 6); А. И. *Вопросъ о незаконнорожденныхъ* 1875; Янжулъ, *О незаконнорожденныхъ* („Моск. Унив. Изв.“, 1870, №№ 4 и 5); Кистяковскій, *О незаконнорожденныхъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1880, №№ 1 и 2); Загоровскій, *Курсъ семейнаго права;* Ананьевъ, *Право предбрачныхъ дѣтей на узаконеніе ихъ по закону 12 марта 1901 года* („Ж. М. Ю.“, 1900, № 10); Люблинскій, *Родительская власть и публичная опека надъ дѣтьми* („В. Пр.“ и нот. 1911, №№ 39—40); Никоновъ, *Споръ о ребенкѣ*, 1911; Шматковъ, *Узаконеніе и усыновленіе дѣтей* изд. 2, 1896.

I. Родительская власть. Въ первое время своего существованія человѣкъ, какъ и всякое другое существо, является совершенно безпомощнымъ и безъ содѣйствія другихъ лицъ былъ бы обреченъ на гибель. Необходимая помощь можетъ быть организована въ обществѣ двоякимъ образомъ: или она подается непосредственно обществомъ, среди котораго человѣкъ рождается, или она возлагается на его родителей. Современное государство держится второго начала, возлагаетъ на родителей обязанность вскормленія и воспитанія и передаетъ имъ необходимую для этой цѣли власть. Такимъ образомъ основаніемъ родительской власти является автономія семьи. Человѣкъ вступаетъ въ общественную жизнь, становится гражданиномъ не прямо, а черезъ семью, какъ подготовительную ступень. Родительская власть вручается родителямъ въ предположеніи ихъ способности воспитать будущихъ гражданъ и какъ средство для достиженія этой цѣли.

Если въ настоящее время въ основѣ родительской власти лежитъ общественная идея, то въ историческомъ развитіи ей

предшествовала частная идея. Родительская власть представлялась формою права собственности. Дѣти подчиняются господству отца, какъ и рабы, и вмѣстѣ съ ними образуютъ совокупность подвластныхъ лицъ (чадь). Власть домовладыки сливается съ властью отца и мужа, потому что первоначально и жена вступаетъ только въ качествѣ подвластнаго лица. Отецъ имѣетъ право на жизнь и смерть своихъ дѣтей, на ихъ свободу. Это право встрѣчается у всѣхъ народовъ, и нѣтъ основаній отрицать его существованіе въ древнемъ русскомъ быту. Постепенно, однако, съ развитіемъ государственности, родительская власть ограничивается. Въ московскую эпоху встрѣчаемъ въ Домостроѣ идеалъ отношенія родителей къ дѣтямъ: «сына ли имаши, не дошедъ внити въ юности, но сокруши ему ребра: аще бо жезломъ біеши его не умретъ, но здоровъ будетъ». Симеонъ Полоцкій убѣждаетъ: «не щадите, родители, жезловъ вашихъ; налагайте язвы на дѣтей, угощайте ихъ не душевреднымъ лобзаніемъ, а правоисправительнымъ біеніемъ». Но вмѣстѣ съ тѣмъ Судебникъ 1550 года пытается ограничить право продажи дѣтей; въ XVII вѣкѣ впервые устанавливается, хотя и ничтожное, по представленію того времени, наказаніе за убійство дѣтей (тюрьма на годъ). Уложеніе совершенно преграждаетъ возможность продажи дѣтей въ холопство. Петръ I, какъ лучшій выразитель государственной идеи, пошелъ рѣшительно противъ неограниченной родительской власти,—«хотя чада воли родительской подлежатъ, но не какъ скоты безсловесные». При немъ ограниченъ былъ даже срокъ, на который родители могли отдавать въ наемъ своихъ дѣтей (5 лѣтъ), запрещено было отдавать дѣтей, помимо ихъ воли, въ монастырь, отъ родителей отбиралась подписка въ томъ, что дѣти по собственному согласію вступаютъ въ бракъ. Взамѣнъ прежняго безграничнаго права наказанія, въ царствованіе Екатерины II (1775 г.). учреждаются смирительные дома для заключенія туда дѣтей, заслуживающихъ наказанія за неповиновеніе родителямъ.

Дѣйствующее законодательство объ отношеніи родителей къ дѣтямъ также полно чисто нравственныхъ положеній, какъ и по вопросу объ отношеніяхъ между супругами. Изъ всѣхъ постановленій нашего закона можно извлечь только немного положеній юридическаго содержанія.

Родительская власть по русскому законодательству принадлежитъ только родителямъ, т.-е. отцу и матери, но не вообще

восходящимъ родственникамъ, какъ это допускается западными законодательствами. Семья имѣетъ въ законодательствѣ тѣсное значеніе. Хотя законъ нашъ, говоря о родительской власти, постоянно упоминаетъ обоихъ родителей и вручаетъ власть обоимъ, такъ что каждый можетъ осуществять ее, однако, слѣдуетъ признать, что при жизни обоихъ родителей всякое столкновеніе въ осуществленіи власти разрѣшается волею отца. Это вытекаетъ изъ личныхъ отношеній между супругами, изъ которыхъ мужъ имѣетъ право личной власти надъ женою. Возлагаемая на нее обязанность повиновенія волѣ мужа, главы дома, ослабляетъ самостоятельность ея власти въ семьѣ. Поэтому въ случаяхъ разногласія, напр., относительно системы воспитанія, голосъ отца имѣетъ рѣшающее значеніе (кас. рѣш. 1890, № 18). Къ матери власть полностью переходитъ только при обстоятельствахъ, устраняющихъ отца, какъ смерть, лишеніе правъ состоянія. Въ отношеніи дѣтей внѣбрачныхъ родительская власть принадлежитъ матери, отецъ же, если онъ доставляетъ средства содержанія, имѣетъ право надзора за воспитаніемъ (т. X ч. 1 ст. 132^{1} и 132^{10}).

Власть родительская простирается на дѣтей обоего пола и всякаго возраста (т. X ч. 1 ст. 164). Законъ нашъ не ограничиваетъ дѣйствіе власти какими-нибудь предѣлами возраста, хотя, казалось бы, съ достиженіемъ совершеннолѣтія, теряется необходимость власти. Такое положеніе становится въ противорѣчіе съ жизнью и можетъ привести къ рѣзкимъ выводамъ, напр., къ возможности требовать отъ совершеннолѣтняго сына, чтобы онъ жилъ при родителяхъ. Однако, законъ не даетъ выхода изъ затрудненія.

Для родителей составляетъ право и вмѣстѣ обязанность *воспитаніе* дѣтей. Такъ какъ семья является предварительною школою, то необходимо предоставить дѣтямъ общественное положеніе, къ которому они привыкли въ родительскомъ домѣ. Дѣти слѣдуютъ состоянію своихъ родителей. Съ измѣненіемъ сословныхъ правъ родителей измѣняется и состояніе дѣтей, напр., полученіе дворянства передается дѣтямъ, въ какомъ бы возрастѣ они ни находились. Лишеніе же правъ состоянія не отражается на дѣтяхъ, рожденныхъ и даже зачатыхъ до этого момента. Относительно воспитанія законъ даетъ нѣсколько постановленій, которыя лишены юридическаго характера. Родители обязаны давать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ доброе и честное воспитаніе, соотвѣтствующее ихъ общественному положенію (т. X ч. 1 ст. 172).

Родители должны обращать все свое вниманіе на нравственное образованіе своихъ дѣтей и стараться домашнимъ воспитаніемъ приготовить нравы ихъ и содѣйствовать видамъ правительства. Впрочемъ (!) родителямъ предоставляется на волю воспитывать дѣтей своихъ дома или отдавать ихъ въ общественныя заведенія (т. X ч. 1 ст. 173). По достиженіи дѣтьми надлежащаго возраста, родители пекутся объ опредѣленіи дѣтей въ службу или въ промыселъ, соотвѣтственно ихъ состоянію, и объ отдачѣ дочерей въ замужество (т. X ч. 1 ст. 174). Родители не могутъ отдавать дѣтей въ наемъ безъ ихъ согласія, но въ правѣ отдавать ихъ на выучку мастеру. Такъ какъ нѣтъ органа, контролирующаго воспитаніе, даваемое родителями, и такъ какъ законъ не устанавливаетъ послѣдствій несоблюденія родителями своихъ обязанностей, въ родѣ, напр., отнятія и передачи дѣтей другимъ лицамъ, то приведенныя инструкціи лишены всякаго юридическаго значенія. Къ такому взгляду приходитъ Сенатъ, когда онъ отрицаетъ соотвѣтствующее обязанности родителей право дѣтей требовать отъ родителей того или иного воспитанія или образованія, какъ, напр., въ томъ случаѣ, когда сынъ настаивалъ на предоставленіи ему денежныхъ средствъ для окончанія с.-петербургскаго технологическаго института (кас. рѣш. 1910, № 6). По мнѣнію Сената, подобнаго рода обязанности должны быть отнесены къ категоріи не столько юридическихъ, сколько нравственныхъ.

Спеціально религіозное воспитаніе основывается на томъ, каково *вѣроисповѣданіе дѣтей*. Казалось бы, вѣроисповѣданіе дѣтей должно вытекать изъ того воспитанія, какое согласились дать имъ ихъ родители. Но въ Россіи, несмотря на указъ 17 апрѣля 1905 года о вѣротерпимости, воспитаніе часто должно приспособляться къ тому вѣроисповѣданію, которое обязательно для дѣтей. Дѣти, рожденныя въ православномъ бракѣ, должны быть крещены по обряду православной церкви. Это относится какъ къ тому случаю, когда отецъ и мать православные, такъ и къ тому, когда одинъ изъ родителей принадлежитъ къ православной церкви. При самомъ совершеніи смѣшаннаго брака, въ которомъ женихъ или невѣста православные, вѣнчающимъ священникомъ берется подписка отъ инославнаго, что рожденныя въ семъ бракѣ дѣти будутъ крещены въ правилахъ православнаго исповѣданія (т. X ч. 1 ст. 67). Дѣти, происшедшія отъ смѣшанныхъ браковъ, въ которыхъ нѣтъ ни одного супруга православнаго, напр., между католикомъ и лютераниномъ, мо-

гутъ быть крещены, а, слѣдовательно, и воспитаны по правиламъ любого христіанскаго вѣроисповѣданія, соотвѣтственно соглашенію родителей. Впрочемъ, въ Западномъ краѣ сыновья должны быть крещены въ отцовскую, а дочери въ материнскую вѣру, если о томъ не будетъ постановлено иначе въ брачномъ договорѣ (т. X ч. 1 ст. 75). Законъ признаетъ, что силою предбрачнаго договора мужъ можетъ заранѣе и безусловно отречься отъ своего права опредѣлять своею волею религіозное воспитаніе дѣтей — вопросъ, какъ извѣстно, очень спорный между французскими юристами. Дѣти, происшедшія отъ брака, въ которомъ одно лицо принадлежитъ къ евангелическо-лютеранской церкви, а другое—къ магометанскому или іудейскому исповѣданію, должны быть крещены и воспитаны въ евангелическолютеранской, или же, при согласіи обоихъ супруговъ, въ православной вѣрѣ (т. X ч. 1, изд. 1896, ст. 328 п. 3). Указъ 17 апрѣля 1905 года разрѣшаетъ христіанамъ всѣхъ исповѣданій принимаемыхъ ими на воспитаніе некрещеныхъ подкидышей и дѣтей неизвѣстныхъ родителей крестить по обрядамъ своей вѣры, а также опредѣляетъ судьбу дѣтей при переходѣ родителей изъ одного вѣроисповѣданія въ другое.

На родителей падаетъ обязанность *содержанія* дѣтей, которое выражается въ томъ, что родители должны озаботиться и нести на себѣ издержки, вызываемыя пропитаніемъ, одѣваніемъ (т. X ч. 1 ст. 172), помѣщеніемъ, врачебною помощью, обученіемъ дѣтей. Лежитъ ли эта обязанность всецѣло на отцѣ, добывателѣ средствъ? Законъ возлагаетъ эту обязанность на родителей, т.-е. на отца и мать, въ предположеніи, что у матери имѣются свои средства. Слѣдовательно каждый изъ родителей долженъ удѣлять изъ своихъ средствъ на содержаніе дѣтей. Изъ солидарности ихъ обязанности вытекаетъ, что недостатокъ средствъ у одного восполняется другимъ, такъ что при отсутствіи своихъ средствъ у матери содержаніе всецѣло ложится на отца, при недостаткѣ средствъ отца мать должна взять на себя выполненіе законной обязанности. Обязанность содержанія дѣтей лежитъ на обоихъ родителяхъ не только при совмѣстной, но и при раздѣльной жизни. Если дѣти остаются при одномъ изъ супруговъ, то другой не освобождается отъ обязанности участвовать въ расходахъ по содержанію, потому что это обязанность его предъ дѣтьми, а не предъ другимъ супругомъ. Сенатъ призналъ, что жена, проживающая отдѣльно отъ мужа по своей винѣ, не въ правѣ требовать отъ него содер-

жанія для находящейся у нея, противъ воли мужа, малолѣтней ихъ дочери (кас. рѣш. 1908, № 48). Но въ данномъ случаѣ все дѣло было въ томъ, что жена противозаконно удерживала у себя ребенка. Родители, распредѣляя между собою дѣтей, могутъ согласиться и о распредѣленіи расходовъ по содержанію ихъ. Обязанность содержанія, лежащая на родителяхъ, не должна разсматриваться какъ субсидіарная, т.-е. родители не въ правѣ переложить расходы по содержанію на собственное имущество дѣтей, потому что оно для нихъ неприкосновенно. Имущество дѣтей можетъ быть использовано на дѣло содержанія только при отсутствіи или недостаткѣ средствъ у родителей, на общихъ началахъ опеки.

Возлагая на родителей обязанность содержанія дѣтей, законъ не ограничиваетъ ее достиженіемъ дѣтьми совершеннолѣтія. Простирается ли эта обязанность и за предѣлы совершеннолѣтія? По взгляду нашей практики, алиментарная обязанность родителей зависитъ не отъ совершеннолѣтія дѣтей, а отъ наступленія такихъ условій, при которыхъ дѣти въ состояніи сами себя содержать службою, промыслами, замужествомъ, доходами съ собственнаго имущества. Вслѣдствіе этого обязанность родителей содержать своихъ дѣтей можетъ, съ одной стороны, окончиться до достиженія дѣтьми совершеннолѣтія, а съ другой — простираться и далѣе этого срока, если дѣти нуждаются еще въ попеченіи родителей (кас. рѣш. 1893, № 106).

Кто можетъ настаивать на исполненіи обязанности содержанія? Не остается ли эта обязанность безъ санкціи? Сами дѣти, въ состояніи несовершеннолѣтія, настаивать въ судебномъ порядкѣ на обязанности родителей не могутъ. Но нельзя сказать, чтобы обязанность оставалась безъ санкціи. Такъ, наша практика признала, что совершеннолѣтняя дочь, не имѣющая личныхъ средствъ къ жизни, можетъ требовать отъ родителей содержанія (кас. рѣш. 1907, № 94). Можно себѣ представить случай, когда брошенный родителями ребенокъ будетъ принятъ посторонними, которые, по нахожденіи отца или матери, потребуютъ отъ нихъ возвращенія всѣхъ расходовъ по временному содержанію.

Изъ сущности родительской власти слѣдуетъ необходимость для дѣтей жить при родителяхъ. *Совмѣстное сожительство* является условіемъ воспитанія, если послѣднее не поручено родителями другимъ лицамъ. Мѣсто жительства дѣтей опредѣляется мѣстомъ жительства родителей. Такъ какъ право личной

власти принадлежитъ къ абсолютнымъ, то родители могутъ требовать возвращенія къ себѣ дѣтей отъ всякаго лица, удерживающаго ихъ при себѣ (кас. рѣш. 1897, № 81). Однако, на обязанности полиціи не лежитъ оказывать содѣйствіе родителямъ къ осуществленію власти родительской вообще и, въ частности, къ водворенію дѣтей въ дома родителей (указъ 1 деп. Сената 1903, ноября 5). Обязанность совмѣстнаго сожительства устраняется при ссылкѣ родителей. Дѣти свыше 14 лѣтъ могутъ слѣдовать за ними по собственному своему желанію (уст. о ссыльныхъ, ст. 258). Дѣти моложе 14 лѣтъ слѣдуютъ за родителями при отправленіи обоихъ, а когда одинъ изъ супруговъ остается, то и дѣти остаются при немъ (уст. о ссыльныхъ, ст. 259 и 260). Грудные младенцы остаются при матеряхъ (ст. 261). Дѣти, находящіяся въ казенныхъ заведеніяхъ и на казенномъ содержаніи, не могутъ быть требуемы родителями къ слѣдованію за ними въ мѣсто ихъ ссылки (уст. о ссыльныхъ, ст. 261 и 262).

Вопросъ особенно затрудняется при раздѣльной жизни супруговъ — при комъ изъ нихъ должны находиться дѣти, если не установилось между ними соглашенія. Если власть надъ дѣтьми принадлежитъ родителямъ, и одинъ изъ нихъ находится во власти другого, то, по строгому выводу, необходимо признать, что дѣти всегда подчиняются волѣ отца. Слѣдовательно, при раздѣльной жизни послѣдній всегда въ правѣ вытребовать къ себѣ дѣтей, потому, что онъ въ правѣ вытребовать и самое мать. Но родительская власть вручается какъ средство воспитанія, и потому суду необходимо принять въ соображеніе образъ жизни того и другого родителя и отдать дѣтей тому, при комъ воспитаніе можетъ дать наиболѣе нравственныя основы, что́ вполнѣ согласуется съ цѣлью родительской власти. Сенатъ призналъ, что преимущественное право на воспитаніе дѣтей (и на совмѣстное ихъ жительство съ родителями) принадлежитъ отцу, какъ главѣ семейства, доколѣ судъ не рѣшитъ, что въ виду особыхъ обстоятельствъ (напр., пьянства отца, содержанія имъ въ своемъ домѣ любовницы), польза дѣтей требуетъ воспитанія ихъ матерью (кас. рѣш. 1890, № 18). Если фактъ раздѣльной жизни супруговъ не имѣетъ значенія съ юридической точки зрѣнія, то разводъ, прекращающій бракъ, ставитъ юридическій вопросъ о судьбѣ дѣтей, не разрѣшаемый дѣйствующими законами. Этотъ вопросъ, трудный съ точки зрѣнія политики права, создаетъ на практикѣ

непреодолимыя трудности, когда законодатель обходитъ его полнымъ молчаніемъ, какъ это имѣетъ мѣсто у насъ. Духовнымъ судамъ, рѣшающимъ вопросъ о разводѣ, не предоставлено право распредѣлять дѣтей между родителями, а свѣтскіе суды не имѣютъ для того никакой почвы, потому что всѣ соотвѣтствующія постановленія, т. X ч. 1, разсчитаны на существованіе брака. Только законъ 3 іюня 1902 года постановляетъ, что въ случаѣ недѣйствительнаго брака вопросъ о томъ, у кого быть дѣтямъ, отъ него происшедшимъ, опредѣляется прежде всего согласіемъ родителей, а за отсутствіемъ такового—надлежащимъ опекунскимъ установленіемъ (т. X ч. 1 ст. 131[2]). Въ этомъ случаѣ родительская власть присваивается тому изъ родителей, у кого ребенокъ оставленъ, другому же предоставляется лишь право свиданій, условія которыхъ, въ случаѣ разногласія родителей, опредѣляются мѣстнымъ мировымъ, либо городскимъ судьею или земскимъ начальникомъ (т. X ч. 1 ст. 131[4]). Въ случаѣ смерти родителя, у котораго оставлены были дѣти, находившіяся при немъ дѣти поступаютъ подъ родительскую власть другого родителя, развѣ бы опекунское установленіе, ради блага дѣтей, сочло необходимымъ назначить особаго надъ ними опекуна (т. X ч. 1 ст. 131[6]). Но правила закона 3 іюня 1902 года не могутъ быть распространяемы, по аналогіи, на случаи раздѣльной жизни супруговъ (кас. рѣш. 1908, № 56).

Дѣти обязываются къ *почтительности* въ отношеніи къ своимъ родителямъ (т. X ч. 1 ст. 177). Съ этимъ, чисто нравственнымъ, предписаніемъ соединяются юридическія послѣдствія. Дѣти обязаны сносить родительскія увѣщанія безъ ропота, поэтому въ личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ отъ дѣтей на родителей не принимается никакого иска, ни гражданскимъ, ни уголовнымъ порядкомъ, если только они не переходятъ границъ, за которыми слѣдуетъ уголовное наказаніе на общихъ основаніяхъ (т. X ч. 1 ст. 168). Дѣти должны отзываться о родителяхъ съ почтеніемъ, даже и по кончинѣ ихъ, поэтому не допускаются свидѣтельства дѣтей противъ родителей въ гражданскихъ дѣлахъ безусловно (уст. гр. суд. ст. 371 п. 3), тогда какъ въ уголовномъ процессѣ они могутъ, если пожелаютъ, устранить себя отъ показаній (уст. угол. суд. ст. 705). Дѣти обязаны сносить исправленіе родителей, если только оно не переходитъ въ истязаніе и изувѣченіе.

Родители, для исправленія дѣтей строптивыхъ и непови-

нующихся, имѣютъ право употреблять домашнія *исправительныя мѣры* (т. X. ч. 1 ст. 165). Въ случаѣ же безуспѣшности этихъ средствъ, дѣти, по требованію родителей, безъ особаго судебнаго разсмотрѣнія, подвергаются, за упорное неповиновеніе родительской власти, развратную жизнь и другіе явные пороки, заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2 до 4 мѣсяцевъ, при чемъ за родителями признается право во всякое время уменьшить срокъ заключенія или совершенно простить виновныхъ (улож. наказ. ст. 1592). Судъ не въ правѣ отказать просьбѣ родителей, такъ какъ ему не предоставлено входить въ разсмотрѣніе существа дѣла. Совершенно напрасно Сенатъ считаетъ невозможнымъ примѣнять это постановленіе въ виду: a) отмѣны нѣкоторыхъ статей, опредѣляющихъ порядокъ содержанія дѣтей въ смирительныхъ домахъ, и b) въ виду противорѣчія его Судебнымъ Уставамъ, которые требуютъ, чтобы каждое дѣло подвергалось судебному разсмотрѣнію въ установленномъ порядкѣ (рѣш. Общ. Собр. 1 и кас. деп. 1888, № 4). Изъ того, что законъ 25 ноября 1885 г. отмѣнилъ смирительные дома, не вытекаетъ вовсе, что онъ тѣмъ самымъ отмѣнилъ и право родителей заключать дѣтей, если не въ смирительные дома, то въ другія соотвѣтствующія карательныя учрежденія, что и обнаруживается изъ неприкосновенности текста ст. 1592 уложенія о наказаніяхъ. Постановленіе о внѣсудебномъ заключеніи заимствовано изъ романскихъ законодательствъ, ближе всего изъ французскаго кодекса (§§ 375—383), который даетъ право отцу заключить своего ребенка, не достигшаго 15 лѣтъ, на время не свыше мѣсяца, и предсѣдатель суда обязанъ дать требуемый отцомъ приказъ о заключеніи. Если дѣло касается дѣтей, въ возрастѣ свыше 15 лѣтъ, но не достигшихъ совершеннолѣтія, то отецъ можетъ только просить предсѣдателя суда о принятіи этой мѣры, и предсѣдатель, по совѣщаніи съ прокуроромъ, удовлетворяетъ просьбу отца или отказываетъ въ ней. Въ законѣ содержатся также указанія на ограниченія этого права для отца и особенно для матери. Французскому праву слѣдуютъ итальянское (§ 222) и испанское (§ 156) уложенія. Если французскіе суды находятъ возможнымъ исполнять требованіе отца безъ судебнаго разсмотрѣнія и притомъ не опасаются впасть въ противорѣчіе съ основными началами уголовнаго процесса, то нѣтъ основанія и у насъ видѣть несоотвѣтствіе тамъ, гдѣ его въ дѣйствительности нѣтъ. Разсматривая вопросъ

не съ точки зрѣнія догматической, а политико-правовой, мы должны признать болѣе основательной точку зрѣнія германскаго уложенія, которое отказываетъ родителямъ въ судебномъ содѣйствіи при осуществленіи ими ихъ власти. Само собою разумѣется, что родителямъ не воспрещается приносить на общемъ основаніи жалобы въ судебныя установленія на поступки дѣтей, подходящіе подъ предусмотрѣнныя уголовными законами и наказуемыя дѣйствія (т. X ч. 1 ст. 165 п. 2).

II. Установленіе родительской власти. Родительская власть устанавливается однимъ изъ слѣдующихъ трехъ фактовъ: законнымъ рожденіемъ, узаконеніемъ или усыновленіемъ.

А. Необходимость *законнаго рожденія* связывается съ установленною формою полового сожительства, такъ какъ родительская власть составляетъ одно изъ послѣдствій брака. Зачатіе и рожденіе ребенка могутъ совпадать съ бракомъ, но могутъ и выходить за временные его предѣлы — зачатіе можетъ произойти до брака, рожденіе можетъ наступить послѣ брака.

1. Если зачатіе и рожденіе произошли въ бракѣ, то предполагается, что отцомъ ребенка является мужъ его матери. Это предположеніе основывается на наблюденіи, которое указываетъ, что въ громадномъ большинствѣ случаевъ дѣйствительно такъ и бываетъ. Законъ предполагаетъ, какъ общее правило, соблюденіе женою супружеской вѣрности. Допустить противоположное значило бы признать преступное прелюбодѣяніе общимъ правиломъ. Но такъ какъ указанное правило составляетъ только предположеніе, то оно допускаетъ и опроверженіе.

Опровергать происхожденіе ребенка отъ мужа матери, т.-е. законность ребенка, рожденнаго въ бракѣ, могутъ только мужъ и, при наличности нѣкоторыхъ условій, его наслѣдники (уст. гр. суд. стт. 1348 и 1352). Слѣдовательно, право опроверженія не принадлежитъ матери (т. XVI ч. 2, зак. суд. гр., ст. 464), а также всѣмъ прочимъ родственникамъ и съ той и съ другой стороны, а тѣмъ болѣе постороннимъ лицамъ, каковъ бы ни былъ ихъ интересъ въ томъ, нравственный или матеріальный. Такъ, напр., Сенатомъ отвергнуто право опекуна надъ имуществомъ душевно-больного предъявлять искъ о признаніи внѣбрачнымъ ребенка, рожденнаго его женою и записаннаго въ метрикѣ происшедшимъ отъ законнаго супруга (кас. рѣш.

1906, № 29). Однако, и со стороны отца опроверженіе не допускается, если младенецъ записанъ въ метрической книгѣ законнорожденнымъ и при этой записи расписался мужъ матери младенца или кто-либо другой по его просьбѣ (уст. гр. суд. ст. 1349). Право вчинать или продолжать искъ о незаконномъ рожденіи переходитъ къ наслѣдникамъ мужа по закону при слѣдующихъ условіяхъ: а) если мужъ умеръ до рожденія младенца или до истеченія предоставленнаго ему закономъ срока для начатія спора противъ законности рожденія, b) если мужъ прежде смерти не объявлялъ, что признаетъ младенца законнымъ (уст. гр. суд. ст. 1352).

Основаніемъ опроверженія законности рожденія можетъ служить невозможность сожитія мужа съ женою въ то время, къ которому приблизительно относится зачатіе ребенка. Такую невозможность нашъ законъ видитъ въ разлукѣ супруговъ (уст. гражд. суд. ст. 1348). Доказательство невозможности зачатія по отдаленности ихъ другъ отъ друга представляетъ, конечно, значительныя затрудненія, особенно при современныхъ путяхъ сообщенія. Необходимо удостовѣрить, что ни одинъ изъ супруговъ въ теченіе извѣстнаго времени не былъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ находился другой. Когда одинъ изъ супруговъ жилъ долгое время за границею, то отмѣтка на паспортѣ о времени выѣзда и возвращенія можетъ доказывать разлуку, если будетъ сверхъ того доказано, что другой супругъ изъ Россіи не выѣзжалъ. Доказательствомъ разлуки служитъ тюремное заключеніе, продолжительное морское плаваніе. Слѣдуетъ ли, однако, ограничивать возможность опроверженія законности указаннымъ въ законѣ основаніемъ? Напр., въ то время, къ которому относится зачатіе, мужу произведена была хирургическая операція, сдѣлавшая его временно неспособнымъ къ сожитію. Ограниченіе основаній противорѣчило бы смыслу закона, который противится допущенію въ семью постороннихъ дѣтей.

Для опроверженія законности рожденія какъ со стороны самого мужа, такъ и его наслѣдниковъ, законъ устанавливаетъ особую краткую давность, чтобы не оставлять долгое время въ неизвѣстности состояніе младенца. Со стороны мужа срокъ для возбужденія дѣла годовой со времени рожденія ребенка, или если жена нашла средства скрыть отъ него рожденіе младенца,—со дня, въ который мужъ узналъ объ этомъ обстоятельствѣ (уст. гр. суд. ст. 1351). Для наслѣдниковъ мужа этотъ срокъ—3 мѣсяца, считая со дня его смерти или же со дня

рожденія ребенка, если онъ родился послѣ смерти мужа (уст. гр. суд. ст. 1353).

2. Строго говоря, можно признать ребенка законнымъ только тогда, когда зачатіе имѣло мѣсто во время брачнаго сожитія. Поэтому, если роды произошли слишкомъ скоро послѣ вѣнчанія, то, очевидно, зачатіе произведено было внѣ брака и самое рожденіе ребенка не можетъ считаться законнымъ. Однако, нашъ законъ признаетъ всѣхъ дѣтей, рожденныхъ въ законномъ бракѣ, законными, хотя бы они родились по естественному порядку слишкомъ рано отъ совершенія брака, т.-е. прежде 180 дней послѣ вѣнчанія (т. X ч. 1 стт. 119, 125), если только отецъ не отрицалъ законности ихъ рожденія. Судьба дѣтей, зачатыхъ внѣ брака, хотя и рожденныхъ въ бракѣ, находится въ рукахъ мужа ихъ матери—онъ можетъ признать ихъ своими, или закрыть имъ входъ въ свою семью. Если отецъ не возражаетъ, то ребенокъ, родившійся черезъ недѣлю послѣ вѣнчанія, долженъ быть записанъ законнымъ. Если же отецъ не желаетъ признать его своимъ, ему достаточно сослаться на тотъ фактъ, что ребенокъ родился ранѣе законнаго срока, т.-е. 180 дней отъ вѣнчанія, не приводя никакихъ иныхъ доказательствъ въ пользу того, что ребенокъ не могъ быть отъ него зачатъ. Впрочемъ, письма его и удостовѣреніе, что онъ обращался съ новорожденнымъ, какъ съ своимъ сыномъ или дочерью, заботился о его содержаніи и воспитаніи, допускалъ пользованіе его фамиліею—все это опровергаетъ его споръ о незаконности происхожденія (т. X ч. 1 ст. 125).

Спрашивается, почему законъ признаетъ законнымъ ребенка, зачатаго внѣ брака? Основаніемъ къ тому служитъ желаніе поощрить браки лицъ, близкія отношенія которыхъ привели къ беременности, надеждою устроить судьбу будущаго ребенка. Слѣдовательно, признаніе законности дѣтей, зачатыхъ до брака, представляетъ форму узаконенія черезъ послѣдующій бракъ, которое приводитъ къ признанію законности ребенка не только зачатаго, но и рожденнаго до брака.

3. Возможенъ противоположный случай, именно тотъ, когда зачатіе состоялось во время брака, а рожденіе произошло послѣ прекращенія брака. Дѣти признаются законными, хотя бы они родились по прекращеніи или расторженіи брака, если только между днемъ рожденія и днемъ смерти отца или расторженія брака прошло не болѣе 306 дней (т. X ч. 1 ст. 119). Законъ, разсчитывая на самую продолжительную беременность, относитъ

зачатіе къ тому времени, когда бракъ еще не прекратился, и предполагаетъ отцомъ ребенка мужа матери. Это предположеніе можетъ быть опровергаемо на указанныхъ раньше началахъ.

Возникаетъ вопросъ о значеніи истеченія приведеннаго предѣльнаго срока. Признается ли ребенокъ, рожденный послѣ 306 дней, внѣбрачнымъ въ силу самаго закона, или необходимо, если онъ былъ записанъ законорожденнымъ, опроверженіе его законности со стороны заинтересованныхъ лицъ? Слѣдовало бы остановиться на первомъ рѣшеніи. Законъ допускаетъ наибольшій срокъ беременности; если рожденіе произошло послѣ 306 дней, значитъ и зачатіе, въ силу законнаго предположенія, имѣло мѣсто внѣ брака. Поэтому такой ребенокъ долженъ считаться внѣбрачнымъ, вслѣдствіе одного факта поздняго рожденія, не ожидая какихъ-либо опроверженій. Однако, категорическій смыслъ ст. 131 т. X ч. 1 приводитъ къ иному рѣшенію. «Законность лица, рожденнаго по истеченіи 306 дней послѣ прекращенія брака смертью мужа или послѣ расторженія сего брака, установленнымъ на то порядкомъ, могутъ оспаривать всѣ тѣ, коихъ права, личныя или по имуществу, были бы нарушены черезъ признаніе его незаконнорожденнымъ, но не позднѣе, какъ черезъ 6 мѣсяцевъ послѣ рожденія младенца». Съ этой точки зрѣнія приходится признать законными дѣтей, рожденныхъ спустя два года послѣ смерти мужа, или послѣ окончанія развода. Можно усумниться, насколько такое рѣшеніе вопроса способно «обратить и поддержать нравственно-общественное положеніе членовъ семейнаго союза», какъ это полагалъ Государственный Совѣтъ. Объясненіе страннаго текста ст. 131 слѣдуетъ искать въ редакціи § 315 Code Napoléon, изъ котораго наше положеніе заимствовано, и который возбуждаетъ тѣ же сомнѣнія среди французскихъ юристовъ.

Рожденіе ребенка послѣ прекращенія брака еще болѣе усложняетъ дѣло, когда мать ребенка въ этотъ моментъ состояла уже въ новомъ бракѣ; напр.: черезъ два мѣсяца по смерти мужа А жена его выходитъ замужъ за В. По ст. 119 п. 2 ребенокъ можетъ быть приписанъ первому мужу, а по ст. 119 п. 1—второму. Во избѣжаніе такихъ недоразумѣній французскій законодатель запрещаетъ женщинѣ вступать въ новый бракъ ранѣе 10 мѣсяцевъ со времени прекращенія перваго (франц. код. §§ 228 и 296). У насъ то же правило установлено для лютеранъ, а именно: женщина, состоявшая въ бракѣ, не можетъ

вступить въ новый бракъ до истеченія 306 дней со времени прекращенія перваго (т. XI ч. 1 стт. 333 и 334; ср. пол. о союзѣ брачномъ ст. 168, 125).

В. Другимъ способомъ установленія родительской власти является *узаконеніе*. Подъ именемъ узаконенія понимается признаніе въ установленномъ порядкѣ за внѣбрачными дѣтьми юридическаго положенія законныхъ.

Жалкое положеніе внѣбрачныхъ вызываетъ потребность въ способахъ выхода изъ него. Прежде всего, въ противоположность краткимъ срокамъ, установленнымъ для опроверженія законности рожденія, нашъ законъ постановляетъ, что право доказывать законность рожденія не прекращается никакою давностью (уст. гр. суд. ст. 1347). Главнымъ средствомъ улучшенія положенія внѣбрачныхъ является узаконеніе ихъ. По дѣйствующему законодательству существуютъ слѣдующіе способы узаконенія: въ силу закона, черезъ послѣдующій бракъ и по Высочайшему указу.

1. Дѣти отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ, сохраняютъ права дѣтей законныхъ (т. X ч. 1 ст. 131[1]), безъ всякой особой о томъ просьбы, какъ это требовалось до закона 3 іюня 1902 года. Это относится не только къ дѣтямъ рожденнымъ, но и къ зачатымъ въ такомъ бракѣ до того момента, какъ состоялось рѣшеніе суда о признаніи брака недѣйствительнымъ. Новый законъ, въ отличіе отъ западныхъ законодательствъ, напр., германскаго уложенія (§ 1699), не ставитъ законность дѣтей, происшедшихъ отъ недѣйствительнаго брака, въ зависимость отъ добросовѣстности одного или обоихъ родителей, вступившихъ въ сожительство. Въ случаѣ признанія брака родителей незаконнымъ и недѣйствительнымъ, права узаконенныхъ этимъ бракомъ дѣтей опредѣляются на томъ же основаніи, какъ и права дѣтей, рожденныхъ въ бракѣ (т. X ч. 1 ст. 144[1], п. 4), т.-е. дѣти считаются законными съ самаго момента рожденія.

2. Узаконеніе черезъ послѣдующій бракъ состоитъ въ томъ, что родители внѣбрачнаго ребенка вступленіемъ въ бракъ между собою послѣ рожденія послѣдняго создаютъ ему юридическое положеніе законныхъ дѣтей. Этотъ способъ узаконенія, извѣстный еще римскому праву (legitimatio per subsequens matrimonium), принятъ въ настоящее время почти во всѣхъ странахъ, кромѣ Англіи. Въ пользу такого узаконенія приводятъ то соображеніе, что мысль о возможности исправить положеніе ребенка, интересы котораго способны преодолѣть всѣ иныя

соображенія родителей, заставятъ родителей перейти отъ нелегальнаго сожительства къ браку. Англичане, впрочемъ, держатся иного мнѣнія: они думаютъ, что надежда на возможность поправить дѣло въ будущемъ толкаетъ на легкомысленныя связи въ настоящемъ.

Въ Россіи узаконеніе черезъ послѣдующій бракъ введено закономъ 12 марта 1891 года. Въ духѣ французскаго права, которое служило ему образцомъ, законъ преграждалъ возможность узаконенія дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія. Въ духѣ самобытности законъ 1891 года ограничивалъ свое дѣйствіе христіанскимъ населеніемъ—изъ страха передъ евреями, проявляющими «наклонность обращать каждое новое право въ средство для обхода существующихъ законовъ». Законъ 3 іюня 1902 года, составленный уже въ духѣ германскаго права, не устраняетъ прелюбодѣянныхъ дѣтей отъ дѣйствія узаконенія черезъ послѣдующій бракъ. Самобытность сохранена и въ новомъ законѣ, не распространяющемся на нехристіанское населеніе.

Узаконеніе предполагаетъ слѣдующія условія. a) Принадлежность отца и матери къ христіанскому вѣроисповѣданію. Поэтому бракомъ родителей-евреевъ не могутъ быть узаконены добрачныя ихъ дѣти, хотя бы и крещенныя по обряду христіанской вѣры (кас. рѣш. 1903, № 147). b) Вступленіе родителей внѣбрачнаго ребенка въ бракъ послѣ его рожденія. c) Судебное опредѣленіе объ узаконеніи, потому что у насъ узаконеніе достигается не самымъ бракомъ, а опредѣленіемъ суда, для котораго бракъ является только основаніемъ. Это видно уже изъ того, что суду подаются «просьбы объ узаконеніи дѣтей» (уст. гражд. суд. ст. 1460[1]).

Иниціатива возбужденія дѣла объ узаконеніи послѣ брака принадлежитъ родителямъ, обоимъ совмѣстно, и только въ случаѣ смерти одного изъ нихъ можно допустить просьбу отъ другого единолично. Признано, что по смерти родителей возбужденіе ходатайства объ узаконеніи переходитъ къ самимъ дѣтямъ или ихъ опекунамъ (кас. рѣш. 1904, № 48). Препятствіемъ къ узаконенію не можетъ служить то обстоятельство, что внѣбрачныя дѣти уже умерли или были до того родителями усыновлены.

Просьбы объ узаконеніи подаются окружному суду по мѣсту жительства родителей ребенка или его самого. Подача такихъ просьбъ черезъ повѣренныхъ (неизвѣстно почему) не допускается.

При просьбѣ должны быть представлены: письменное заявленіе отца и матери о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ, а также метрическія свидѣтельства: о рожденіи ребенка и о бракѣ родителей. Въ просьбѣ, подаваемой по истеченіи одного года со дня совершенія брака, должны быть объяснены причины, оправдывающія такое промедленіе, оцѣнка которыхъ зависитъ отъ усмотрѣнія суда. Дѣла объ узаконеніи разсматриваются при закрытыхъ дверяхъ и разрѣшаются по выслушаніи заключенія прокурора. Суду приходится удостовѣриться въ возможности происхожденія ребенка отъ признающихъ себя его родителями, въ тождествѣ признающей себя матерью съ тою, которая означена въ метрическомъ свидѣтельствѣ о его рожденіи, и въ отсутствіи законныхъ препятствій къ узаконенію. По вступленіи опредѣленія объ узаконеніи въ законную силу, судъ выдаетъ, взамѣнъ прежняго, новое метрическое свидѣтельство (уст. гражд. суд. ст. 1460^{1}—1460^{7}).

Послѣдствіемъ узаконенія является причисленіе внѣбрачныхъ дѣтей къ законнымъ, предоставленіе имъ всѣхъ личныхъ и имущественныхъ правъ, какими пользуются послѣднія. Узаконеніе черезъ послѣдующій бракъ влечетъ общія для всѣхъ послѣдствія: узаконенныя дѣти почитаются законными со дня вступленія ихъ родителей въ бракъ и пользуются съ этого времени всѣми правами законныхъ дѣтей, отъ этого брака рожденныхъ (т. X ч. 1 ст. 144^{1}, п. 3). Слѣдовательно, обратная сила узаконенія выражается въ томъ, что дѣти признаются законными не съ момента судебнаго опредѣленія, а ранѣе, съ момента вѣнчанія, однако, обратная сила не идетъ такъ далеко, чтобы отнести законность къ моменту рожденія. Отсюда слѣдуетъ, что узаконенныя дѣти не имѣютъ права на наслѣдство, которое открылось въ боковой линіи ранѣе узаконяющаго брака. Напр., нѣкто имѣетъ внѣбрачнаго сына, но женится потомъ не на его матери, а на другой особѣ. Отъ этого брака родились два сына, изъ которыхъ одинъ умираетъ. Послѣ смерти жены отецъ ихъ женится на женщинѣ, съ которою онъ прижилъ ранѣе внѣбрачнаго ребенка, и узаконяетъ ребенка: такъ какъ узаконеніе относится къ моменту брака, то узаконенный не можетъ наслѣдовать послѣ своего единокровнаго брата.

3. Для узаконенія по Высочайшему указу общихъ правилъ не существуетъ. Внѣбрачные, сопричтенные къ законнымъ дѣтямъ по особымъ Высочайшимъ указамъ, пользуются ненарушимо всѣми правами и преимуществами, силою тѣхъ указовъ

имъ предоставленными (т. X ч. 1 ст. 144). Слѣдовательно, указъ можетъ отнести ихъ законность и къ моменту самаго рожденія, каковы бы ни были обстоятельства узаконенія. Эта форма узаконенія, извѣстная также римскому праву (legitimatio per rescriptum principis), поставлена сейчасъ на Западѣ въ узкія рамки. Франція вовсе не допускаетъ ея, въ Англіи это дѣло только парламента, въ Германіи сопричтеніе незаконныхъ дѣтей къ законнымъ, имѣющее, однако, силу только въ отношеніи отца, производится въ порядкѣ управленія.

С. Третьимъ способомъ установленія родительской власти является *усыновленіе*. По своей идеѣ, усыновленіе должно служить искусственнымъ восполненіемъ естественнаго недостатка въ дѣтяхъ и тѣмъ достроить семью, начатую бракомъ. Эта идея усыновленія, какъ искусственнаго построенія семьи, обнаруживается съ очевидностью изъ закона, запрещающаго усыновлять лицу, которое уже имѣетъ дѣтей, законныхъ или узаконенныхъ, лицу, которое по своему духовному сану не должно ихъ имѣть; изъ закона, устанавливающаго извѣстное соотвѣтствіе въ возрастѣ усыновителя и усыновляемаго, которое бы напоминало естественное соотношеніе между отцомъ и ребенкомъ. Однако, законъ не выдерживаетъ основной идеи, какъ это видно изъ того, что онъ разрѣшаетъ усыновлять и одинокимъ, женщинамъ, не имѣющимъ мужа, или мужчинамъ, не имѣющимъ жены, допускаетъ усыновленіе собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей. Послѣднее нарушеніе идеи усыновленія можно объяснить только недостаточностью постановленій объ узаконеніи, а также предразсудками, заставляющими прибѣгать къ усыновленію тамъ, гдѣ нужно бы воспользоваться узаконеніемъ. Къ усыновленію собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей прибѣгаютъ въ тѣхъ случаяхъ, когда не желаютъ вступить въ бракъ съ матерью ребенка, или не могутъ уже, напр., за смертью ея, или опасаются огласить фактъ незаконности происхожденія ребенка.

Отличіе усыновленія отъ узаконенія заключается въ томъ, 1) что узаконяются только собственныя дѣти, тогда какъ усыновить можно и чужихъ дѣтей, 2) что узаконеніе производится родителями помимо согласія узаконяемыхъ, тогда какъ въ основѣ усыновленія лежитъ соглашеніе или съ самимъ усыновляемымъ или съ его родителями.

Усыновителями могутъ быть супруги или же мужчина и женщина въ отдѣльности, не исключая и дѣвицы. Усыновленіе невозможно для лицъ, которыя по сану своему обречены на

безбрачіе (т. X ч. 1 ст. 145), т.-е. для монаховъ и католическихъ священниковъ, потому что православные священники и лютеранскіе могутъ имѣть семьи. Для усыновленія однимъ изъ супруговъ требуется согласіе другого супруга (т. X ч. 1 ст. 150), хотя бы супруги и жили врозь. Вдовецъ или вдова приравниваются къ положенію холостыхъ или незамужнихъ. Усыновителемъ можетъ быть и отчимъ или мачеха. Усыновленіе возможно только при отсутствіи собственныхъ дѣтей, законныхъ или узаконенныхъ (т. X ч. 1 ст. 145^1). Позднѣйшее рожденіе законнаго ребенка или узаконеніе не имѣютъ никакого вліянія на предшествующее усыновленіе. Однако, беременность должна считаться препятствіемъ къ усыновленію. Усыновленіе лицъ христіанскаго вѣроисповѣданія нехристіанами и этихъ послѣднихъ лицами христіанскаго вѣроисповѣданія воспрещается (ст. 148). Страхъ передъ евреями вызвалъ указъ Сената, внесенный въ гражданскіе законы, по которому евреямъ, пользующимся правомъ повсемѣстнаго жительства, запрещается усыновлять евреевъ, таковымъ правомъ не пользующихся (ст. 145, прим.). Несмотря на указъ 17 апрѣля 1905 года, въ законѣ остается воспрещеніе старообрядцамъ и сектантамъ усыновлять православныхъ (ст. 148, прим.). Несмотря на ст. 163 т. X ч. 1, Сенатомъ разъяснено, что иностранцы могутъ усыновлять не только подкидышей и непомнящихъ родства, но и другихъ лицъ (указъ 1898, № 32, правило 54). Несостоятельные и расточители, по цѣли ограниченія ихъ дѣеспособности, не могутъ быть лишены права усыновленія. Отъ усыновителя требуется извѣстный возрастъ, который обезпечивалъ бы пониманіе имъ важности совершаемаго акта. Усыновитель долженъ имѣть не менѣе 30 лѣтъ (во Франціи и Германіи 50 лѣтъ) и затѣмъ, чтобы усыновленіе было подобно естественной семьѣ, долженъ быть старше усыновляемаго по крайней мѣрѣ 18 годами (ст. 146). Однако, для усыновленія собственныхъ дѣтей не требуется ни 30-лѣтній возрастъ, ни разница въ 18 лѣтъ (т. X ч. 1 ст. 150^1 п. 1).

Усыновляемы могутъ быть какъ чужія, такъ и свои дѣти. Усыновленіе чужихъ дѣтей не допускается, если у лица усыновляющаго имѣются собственныя законныя или узаконенныя дѣти (т. X ч. 1 ст. 145^1). Для усыновленія собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей это обстоятельство препятствіемъ не служитъ (т. X ч. 1 ст. 150^1 п. 2). Усыновляемы могутъ быть и родственники, напр. племянники, братъ. Для усыновленія требу-

ется согласіе родителей усыновляемаго или его опекуновъ и попечителей, а также его самого, если онъ достигъ 14-лѣтняго возраста (т. X ч. 1, ст. 149). Такимъ образомъ въ основаніи усыновленія лежитъ всегда договоръ. При усыновленіи отцомъ внѣбрачнаго ребенка требуется согласіе матери въ томъ лишь случаѣ, если она значится въ метрической объ его рожденіи записи, или если происхожденіе отъ нея ребенка удостовѣрено судомъ (т. X ч. 1 ст. 150[1] п. 3). Усыновленію вторичному и единовременному не подлежитъ лицо, уже усыновленное кѣмъ-либо (ст. 147), но нѣтъ препятствія къ переусыновленію. Законъ не выставляетъ никакихъ преградъ для одновременнаго или послѣдовательнаго усыновленія нѣсколькихъ лицъ.

Въ прежнее время порядокъ усыновленія различался по сословіямъ. Законъ 12 марта 1891 года ввелъ общій судебный порядокъ, съ сохраненіемъ, однако, особаго порядка для крестьянъ и мѣщанъ. По общему порядку просьба объ усыновленіи подается въ окружный судъ по мѣсту постояннаго жительства усыновителя или усыновленнаго. Судъ удостовѣряется въ наличности всѣхъ требуемыхъ закономъ условій и, по выслушаніи заключенія прокурора, постановляетъ опредѣленіе объ удовлетвореніи ходатайства или объ отказѣ въ ходатайствѣ. Лица, права которыхъ нарушаются неправильнымъ усыновленіемъ, напр., родители усыновленнаго, могутъ заявить свои возраженія во время производства дѣла или начать впослѣдствіи, въ 2-годичный срокъ со дня вступленія опредѣленія въ законную силу, споръ общимъ порядкомъ. Споръ этотъ, во всякомъ случаѣ, можетъ быть заявленъ только при жизни усыновителя (уст. гражд. суд. ст. 1460[8]—1460[12]). По особому порядку, сохраненному для крестьянъ и мѣщанъ, усыновленіе совершается припискою усыновленнаго, хотя бы онъ принадлежалъ къ дворянскому сословію, къ семейству усыновителя, которая дѣлается для крестьянъ волостнымъ правленіемъ, для мѣщанъ казенною палатою (т. X ч. 1 ст. 155, указъ 1 деп. Сената, 1902, № 4334).

Послѣдствіемъ усыновленія является прекращеніе родительской власти у прежнихъ ея субъектовъ и пріобрѣтеніе ея усыновителемъ. Усыновленный вступаетъ по отношенію къ усыновителю во всѣ права и обязанности законныхъ дѣтей (ст. 156[1]). Однако, усыновленный, по общему правилу, сохраняетъ права состоянія, принадлежавшія ему до усыновленія. Усыновленные дворянами и потомственными почетными гра-

жданами, имѣющіе меньшія права состоянія, пріобрѣтаютъ усыновленіемъ только личное почетное гражданство (ст. 153). Усыновитель можетъ передать усыновленному свою фамилію, но для передачи фамиліи потомственными дворянами необходимо еще Высочайшее соизволеніе (ст. 152). Лица женскаго пола, не вступившія въ бракъ, на передачу усыновленному носимой ими фамиліи, при жизни своихъ родителей, обязаны испросить согласіе этихъ послѣднихъ. Въ жизни обнаруживается упорное стремленіе передать усыновленному и отчество усыновителя. Но Сенатъ высказался противъ этой тенденціи, признавъ, что въ законѣ нѣтъ указаній, чтобы такая передача отчества дозволялась, и что отчество опредѣляется именемъ роднаго отца (кас. рѣш. 1898, № 32, п. 66, и 1909, № 82). Въ имущественномъ отношеніи усыновленный не прерываетъ связи съ своимъ прежнимъ родствомъ и не вступаетъ въ родственный союзъ усыновителя. Поэтому усыновленный сохраняетъ права наслѣдованія по закону послѣ своихъ родителей и ихъ родственниковъ, а съ другой стороны не участвуетъ въ наслѣдованіи послѣ родственниковъ усыновителя, если не имѣетъ на то правъ въ силу кровнаго родства (т. X, ч. 1, стт. 156^{3} и 156^{7}). Въ отношеніи самого усыновителя усыновленный пріобрѣтаетъ право наслѣдованія въ его благопріобрѣтенномъ имуществѣ, но не въ родовомъ (ст. 156^{1}) и не имѣетъ права на пенсію за службу усыновителя (ст. 156^{2}). Въ свою очередь, усыновитель имѣетъ право, послѣ бездѣтной смерти усыновленнаго, на его благопріобрѣтенное имущество, тогда какъ имущество, уступленное усыновленному его родителями, возвращается къ послѣднимъ (ст. 156^{5}).

III. Имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми. На Западѣ родительская власть распространяется не только на личность, но и на имущество дѣтей. Родителямъ, напр., во Франціи (§ 384), въ Германіи (§ 1649), но не въ Англіи, присваивается право пользованія имуществомъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей.

1. Въ Россіи между имуществами родителей и дѣтей установлена такая же *раздѣльность*, какъ и между имуществами супруговъ. Родительская власть въ отношеніи имущества дѣтей у насъ не существуетъ. Если къ малолѣтнимъ дѣтямъ дойдетъ имущество по завѣщанію, законному наслѣдованію или даренію, то родителямъ принадлежитъ управленіе этимъ имуществомъ, но не въ силу родительской власти, а вслѣд-

ствіе утвержденія ихъ опекунами (т. X ч. 1 стт. 180, 226, 229). Они не пользуются этимъ имуществомъ въ свою пользу, но завѣдуютъ имъ по правиламъ, установленнымъ для опеки, и подъ надзоромъ опекунскихъ учрежденій. Родители, не утвержденные опекунами, не въ правѣ распоряжаться имуществомъ дѣтей и представлять ихъ интересы на судѣ (кас. рѣш. 1870, № 1344). Изъ того же начала раздѣльности слѣдуетъ, что родители не отвѣчаютъ за долги своихъ дѣтей, если только родители не выразили своего согласія на ихъ обязательства и тѣмъ не приняли на себя поручительства (т. X ч. 1 стт. 184 и 185). Даренія отъ дѣтей родителямъ возможны только въ томъ случаѣ, если попечительство принадлежитъ не родителямъ и попечители изъявляютъ на то свое согласіе. Даренія отъ родителей дѣтямъ производятся на общихъ основаніяхъ, однако, при торговой несостоятельности отца или матери безмездныя отчужденія въ пользу дѣтей, совершонныя въ послѣднія 10 лѣтъ передъ конкурсомъ, подлежатъ опроверженію (уст. суд. торг. ст. 461).

2. Изъ начала имущественной раздѣльности между родителями и дѣтьми слѣдуетъ, что при жизни первыхъ послѣднія не имѣютъ никакого права требовать предоставленія имъ части принадлежащаго родителямъ имущества (т. X ч. 1 ст. 995). Но сами родители въ правѣ, конечно, одарять своихъ дѣтей. Квалифицированнымъ дареніемъ является *выдѣлъ*, подъ которымъ слѣдуетъ понимать даръ въ пользу лица, имѣющаго право законнаго наслѣдованія послѣ дарителя, совершаемый съ цѣлью передать наслѣдственную часть до смерти наслѣдодателя. Выдѣлъ составляетъ, такимъ образомъ, даръ и въ то же время предваренное наслѣдство. Выдѣлъ совершается родителями въ пользу дѣтей и другими восходящими родственниками въ пользу нисходящихъ, напр., дѣдомъ въ пользу внуковъ (т. X. ч. 1 ст. 994). Такъ какъ законъ говоритъ только о выдѣлѣ, производимомъ родителями и восходящими родственниками, то нельзя признать выдѣломъ дареніе наслѣдственныхъ частей при жизни со стороны боковыхъ родственниковъ, напр., со стороны бездѣтнаго дяди, выдающаго одному изъ своихъ племянниковъ ту долю имущества, на которую онъ имѣлъ бы право при открытіи наслѣдства. Дѣти, которымъ при жизни родителей выдѣлена законная или какая-либо другая часть изъ родительскаго имущества, называются отдѣленными (т. X ч. 1 ст. 997; ср. ст. 182 и 190). Объемъ выдѣляемой

части зависитъ отъ свойства имущества. Изъ благопріобрѣтеннаго имущества родители и восходящіе родственники могутъ назначить отдѣляемому потомку такую часть, какую заблагоразсудятъ, но изъ имущества родового каждому могутъ выдѣлять часть, закономъ опредѣленную (т. X ч. 1 ст. 996). Едва ли возможно согласиться съ Сенатомъ, что въ законѣ нашемъ нѣтъ препятствій къ тому, чтобы при выдѣлѣ дѣтей, взамѣнъ выдѣла изъ частей родового имѣнія въ натурѣ, выдавать имъ денежныя суммы (кас. рѣш. 1906, № 15), потому что такая замѣна соотвѣтствуетъ идеѣ законной доли, неизвѣстной нашему законодательству, но не сущности родового имѣнія, ограниченность распоряженія которымъ связывается съ индивидуальностью объекта. Актъ, въ которомъ выразился выдѣлъ, называется *отдѣльною записью* и въ отношеніи недвижимостей совершается крѣпостнымъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 1000), въ отношеніи же движимости можетъ быть совершенъ и домашнимъ порядкомъ (кас. рѣш. 1910, № 78).

Послѣдствія выдѣла опредѣляются двойственностью его природы. Какъ дареніе, выдѣленное имущество подлежитъ возвращенію по тѣмъ же основаніямъ, какъ и даръ: вслѣдствіе неблагодарности, при несостоятельности (т. X ч. 1 ст. 1000, прим.). Въ случаѣ бездѣтной смерти отдѣленнаго лица выдѣленное имущество возвращается, яко даръ, къ давшему его, а не идетъ къ законнымъ наслѣдникамъ. Какъ предваренное наслѣдство, выдѣлъ отражается на участіи отдѣленнаго лица въ наслѣдованіи послѣ выдѣлившаго.

а. Получившіе при жизни владѣльца посредствомъ выдѣла изъ родового имущества сполна ту часть, которая бы слѣдовала имъ по его смерти, почитаются отдѣленными и въ позднѣйшемъ раздѣлѣ родового имущества не участвуютъ, что́ не лишаетъ ихъ права участвовать въ раздѣлѣ благопріобрѣтеннаго имущества. Когда же наслѣдственная доля не была выдѣлена сполна, тогда дополняется она при раздѣлѣ родового имущества между наслѣдниками (т. X ч. 1 ст. 997). Такая неполнота выдѣла происходитъ или по волѣ лица выдѣляющаго, или же вслѣдствіе измѣненія обстоятельствъ при открытіи наслѣдства, такъ какъ только по этому моменту опредѣляется наслѣдственная доля. Напр., у отца было три сына и одному изъ нихъ выдѣлена была третья часть родового имѣнія, къ открытію наслѣдства одинъ изъ двухъ другихъ братьевъ умеръ и наслѣдственная доля изъ третьей части превратилась въ по-

ловину: тогда выдѣленный имѣетъ право еще на $^1/_6$ родового имѣнія. Если при открытіи наслѣдства выдѣлъ изъ родового имѣнія окажется превышающимъ наслѣдственную долю, то при раздѣлѣ наслѣдства излишекъ долженъ быть возвращенъ въ наслѣдственную массу, потому что, какъ говоритъ законъ, изъ имущества родового каждому обязаны выдѣлять часть, закономъ опредѣленную (т. X ч. 1 ст. 996).

b. Законъ нашъ не предусматриваетъ вполнѣ послѣдствій выдѣла изъ благопріобрѣтеннаго имущества. Дѣти, отдѣленныя въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ, не устраняются чрезъ то отъ наслѣдованія въ родовомъ, наравнѣ съ прочими наслѣдниками, если только при выдѣлѣ они не отказались отъ участія въ наслѣдствѣ (т. X ч. 1 ст. 998). Остаются открытыми вопросы, имѣютъ ли право дѣти, отдѣленныя въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ, но не отказавшіяся при выдѣлѣ отъ правъ наслѣдованія, участвовать въ раздѣлѣ остального имущества, благопріобрѣтеннаго и родового, при открытіи наслѣдства, если они получили меньше законной наслѣдственной доли, и имѣютъ ли прочіе наслѣдники право привлечь отдѣленныхъ къ возвращенію части полученнаго выдѣла, если онъ превышаетъ ихъ законную наслѣдственную долю? По первому вопросу Сенатъ, въ виду отсутствія какихъ-либо постановленій по этому предмету, признаетъ, что такія отдѣленныя дѣти, на общемъ основаніи, участвуютъ въ наслѣдствѣ, но не иначе, какъ съ зачетомъ всего полученнаго при выдѣлѣ (кас. рѣш. 1888, № 91). На второй вопросъ слѣдуетъ отвѣтить отрицательно, такъ какъ отнятіе части выдѣла противорѣчило бы волѣ наслѣдодателя, который въ правѣ распредѣлять благопріобрѣтенное имущество по своему усмотрѣнію въ какихъ угодно доляхъ.

3. Видомъ выдѣла является *приданое*, подъ которымъ законъ понимаетъ выдѣлъ дочерей и родственницъ по случаю замужества (т. X. ч. 1 ст. 1001). Въ противоположность германскому уложенію, которое возлагаетъ на родителей обязанность снабжать приданымъ дочерей, выходящихъ замужъ (§ 1620), въ противоположность древнему русскому праву, которое обязывало даже братьевъ надѣлить сестру приданымъ «како си могутъ», современное наше законодательство такой обязанности на родителей не возлагаетъ. Приданое имѣетъ, поэтому, дарственный характеръ. Такъ какъ приданое составляетъ форму выдѣла, то въ техническомъ смыслѣ это названіе можетъ быть примѣняемо къ тому только дареніе, которое

служитъ предвареніемъ наслѣдованія. Не будетъ приданымъ свадебное дареніе со стороны такихъ лицъ, хотя бы и родственниковъ, послѣ которыхъ выходящая замужъ не имѣетъ законнаго права наслѣдованія. Однако, это выраженіе примѣняется въ жизни и къ такимъ случаямъ, обнаруживая тѣмъ, что приданое имѣетъ скорѣе бытовое, чѣмъ строго юридическое значеніе.

Слѣдуетъ, впрочемъ, замѣтить, что у насъ приданое не имѣетъ того значенія, какое оно имѣло въ римскомъ правѣ и имѣетъ нынѣ въ западныхъ законодательствахъ, устанавливая своеобразныя отношенія по имуществу между супругами. По русскому праву приданое, съ точки зрѣнія закона, ничѣмъ почти не отличается отъ выдѣла. Сенатъ даже утверждаетъ, что правовая природа «приданаго» и «выдѣла» тождественны (кас. рѣш. 1910, № 16). Отличіе приданаго отъ выдѣла можетъ выразиться въ томъ только, что оно иногда передается въ собственность не дочери или родственницѣ, а мужу (т. X ч. 1 ст. 1153). Тѣмъ не менѣе дочь считается отдѣленною, если при этомъ отреклась, за себя и за наслѣдниковъ, отъ дальнѣйшаго участія въ наслѣдованіи (т. X ч. 1 ст. 1002), слѣдовательно, наступаютъ всѣ указанныя послѣдствія выдѣла.

Актъ передачи приданаго называется *рядною записью* и долженъ быть совершенъ крѣпостнымъ порядкомъ, если приданое состоитъ въ недвижимости или же частью изъ движимости и частью изъ недвижимости; если же приданое состоитъ изъ одной движимости, то рядная запись можетъ быть совершена и домашнимъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 1006). Рядныя записи могутъ быть совершаемы или до брака или послѣ брака, но не позднѣе, какъ черезъ 6 мѣсяцевъ послѣ вѣнчанія (т. X ч. 1 ст. 1007). Послѣ этого срока возможенъ простой выдѣлъ, но не приданое, слѣдовательно должна быть совершена отдѣльная, а не рядная запись. По разъясненію Сената, изъ смысла законовъ нельзя сдѣлать вывода, будто рядная запись составляетъ существенную принадлежность приданаго, а потому нѣтъ основанія устранять иныя письменныя доказательства въ подтвержденіе выдачи приданаго (кас. рѣш. 1906, № 66).

Замужнія дочери, получившія приданое, изъ родового или благопріобрѣтеннаго имущества, считаются отдѣленными тогда только, когда въ подписанныхъ ими рядныхъ записяхъ онѣ отреклись, за себя и за наслѣдниковъ, отъ дальнѣйшаго участія въ наслѣдствѣ (т. X ч. 1 ст. 1002). Если нѣтъ письмен-

наго доказательства (не исключительно рядной записи), что дочь при жизни родителей, получивъ приданое, отреклась отъ участія въ наслѣдствѣ, то она не лишается права на него при раздѣлѣ оставшагося послѣ родителей имущества, изъ котораго ей въ такомъ случаѣ слѣдуетъ выдавать указную часть съ зачетомъ приданаго какъ денегъ, такъ и всякаго другого имущества (т. X ч. 1 ст. 1003). Если бы даже она формально отреклась отъ наслѣдства, она все же можетъ принять участіе въ раздѣлѣ родительскаго имущества, когда сонаслѣдниками ея будутъ только замужнія сестры, но не братья или незамужнія сестры (т. X ч. 1 ст. 1004; кас. рѣш. 1890, № 40). Отрекшаяся отъ участія въ наслѣдствѣ дочь не лишается ни малѣйшей части выдѣленнаго ей приданаго, хотя бы наслѣдники не получили, по соразмѣрности съ назначеннымъ ей приданымъ, надлежащихъ частей изъ наслѣдства (т. X ч. 1 ст. 1004).

Послѣ бездѣтной смерти дочери или родственницы полученное ею приданое не поступаетъ къ ея наслѣдникамъ, а возвращается, «яко даръ», къ родителямъ.

4. Если родители обязываются содержать своихъ дѣтей, то и обратно, на дѣтяхъ лежитъ *алиментарная обязанность* въ отношеніи ихъ родителей. Какъ и всякіе алименты, право родителей на поддержку дѣтей обусловливается отсутствіемъ у нихъ собственныхъ средствъ,—если родители, какъ говоритъ законъ, находятся въ бѣдности, дряхлости или немощахъ (т. X ч. 1 ст. 194). Съ другой стороны, какъ всякіе алименты, обязанность дѣтей содержать своихъ родителей имѣетъ личный характеръ: за смертью ихъ она не переходитъ на ихъ наслѣдниковъ; а право родителей не можетъ быть ни отчуждаемо, ни передаваемо (кас. рѣш. 1906, № 24), и за смертью ихъ прекращается. Величина содержанія должна сообразоваться съ потребностями родителей и средствами дѣтей. Сумма, назначенная судомъ или опредѣленная взаимнымъ соглашеніемъ, можетъ измѣняться, при измѣненіи условій, по просьбѣ родителей—въ сторону повышенія, по просьбѣ дѣтей—въ сторону пониженія. Уклоненіе отъ этой обязанности влечетъ за собою даже уголовныя послѣдствія въ видѣ ареста (уст. наказ. ст. 143). Обязанность содержанія лежитъ на законныхъ дѣтяхъ, на узаконенныхъ, на усыновленныхъ, но не на пасынкахъ, или падчерицахъ (contra кас. рѣш. 1883, № 76).

IV. Прекращеніе и ограниченіе родительской власти. Такъ какъ по русскому законодательству существу-

етъ только родительская власть въ отношеніи лицъ, но не въ отношеніи имущества, то можно говорить только о прекращеніи личной власти. Съ достиженіемъ совершеннолѣтія дѣти освобождаются отъ опеки, хотя бы опекунами были родители, и пріобрѣтаютъ право самостоятельнаго распоряженія своимъ имуществомъ.

Родительская власть по закону прекращается только въ двухъ случаяхъ: a) смертью и b) лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, если только дѣти не послѣдовали за родителями въ ссылку (т. X ч. 1 ст. 178). Достиженіе совершеннолѣтія не имѣетъ значенія. Родительская власть ограничивается: a) поступленіемъ дѣтей въ общественное училище, начальство котораго заступаетъ тогда по ихъ воспитанію мѣсто родителей, b) опредѣленіемъ дѣтей на службу, c) вступленіемъ дочерей въ замужество, потому что одно лицо двумъ «неограниченнымъ» властямъ, каковы родительская и супружеская, совершенно удовлетворить не въ состояніи, и дочь, оставившая домъ свой и прилѣпившаяся къ мужу, не можетъ быть подвержена повиновенію родителямъ въ такой же мѣрѣ, какъ другія, находящіяся при нихъ дѣти (т. X ч. 1 ст. 179). Ограниченіе родительской власти обусловливается объемомъ власти тѣхъ лицъ, которымъ дѣти подчиняются. Съ устраненіемъ дѣйствія второй власти ограниченіе отпадаетъ и возстановляется въ полной силѣ первая власть, напр., со смертью мужа дочь снова поступаетъ въ подчиненіе родителямъ и для вторичнаго выхода замужъ необходимо новое согласіе съ ихъ стороны.

Такъ какъ юридическое господство надъ дѣтьми вручается родителямъ не ради ихъ услажденія, а въ виду общественной функціи, то, повидимому, отношеніе родителей къ дѣтямъ, обнаруживающее недостаточное пониманіе первыми своихъ обязанностей, должно бы повести къ отнятію у недостойныхъ власти. Эта мысль, связанная съ идеею государственнаго вмѣшательства, лишь недавно стала получать осуществленіе въ законодательствахъ. Первою пошла Франція, издавшая въ 1889 году законъ о защитѣ дѣтей, подвергающихся дурному обращенію и нравственно заброшенныхъ (ср. еще законъ 5 апрѣля 1898). Родительская власть отнимается или силою закона или силою судебнаго рѣшенія. Такія послѣдствія наступаютъ, когда родители осуждены за крупное преступленіе или неоднократно подвергались наказанію за мелкія, когда постоянное пьянство, явно развратное поведеніе или дурное

обращеніе родителей угрожаетъ здоровью, безопасности или нравственности дѣтей. Дѣти передаются или другому супругу, или родственнику или даже постороннему лицу, или же обществу покровительства дѣтей (Assistance publique). Также и Англія въ рядѣ законовъ, съ 1891 по 1908 годъ, допускаетъ отнятіе у родителей, временное или совершенное, власти надъ дѣтьми, если они не оказываются пригодными (fit person) для воспитанія и образованія своихъ дѣтей. Такой результатъ можетъ наступить, если судъ усмотритъ, что родители покинули дѣтей, жестоко обращаются съ ними, подвергаютъ ихъ разврату, если они сами пьяницы и развратники. По тому же пути пошли германское уложеніе 1896 (§ 1666) и швейцарскій кодексъ 1907 года (§ 285), которые вмѣняютъ суду въ обязанность принять мѣры къ защитѣ дѣтей, когда родители оказываются недостойными врученной имъ власти, и отдавать дѣтей въ подходящую семью или въ воспитательное заведеніе.

Къ сожалѣнію, наше законодательство и въ этомъ отношеніи обнаружило отсталость отъ вопросовъ, выдвинутыхъ современною жизнью. Правда, и нашъ законъ угрожаетъ отцу и матери тюрьмой за побужденіе дѣтей къ прошенію милостыни (уст. наказ. ст. 51), за умышленное развращеніе нравственности дѣтей и даже исправительными арестантскими отдѣленіями за сводничество (улож. наказ. стт. 1588 и 998),—но все же власти родительской не лишаетъ.

V. Внѣбрачныя дѣти. Идея противоположенія дѣтей законныхъ дѣтямъ незаконнымъ мало соотвѣтствуетъ полигамической формѣ брака. Только съ укрѣпленіемъ въ обществѣ моногаміи выдвигается различіе двухъ категорій дѣтей. У новыхъ народовъ, пришедшихъ въ соприкосновеніе съ Римомъ, внѣбрачное происхожденіе не имѣло ничего предосудительнаго. Въ XI вѣкѣ Вильгельмъ Завоеватель нисколько не стѣснялся заявлять: ego Willhelmus, cognomine Bastardus.

Католическая церковь, поддерживая брачное сожитіе, освященное церковнымъ благословеніемъ, должна была подчеркивать свое несочувствіе внѣбрачному сожительству и его послѣдствіямъ. Сама церковь признавала незаконнорожденныхъ запятнанными и не допускала ихъ къ священническому сану; незаконнорожденнымъ преграждена была возможность пріобрѣсти степень доктора богословія. Подъ вліяніемъ церкви стали измѣнять свой взглядъ на внѣбрачное происхожденіе и западные народы. Положеніе внѣбрачныхъ стало тяжелымъ. Саксон-

ское зерцало (XIII в.) признаетъ ихъ безправными, они не пользуются семейной опекой (mundium), они не имѣютъ наслѣдственныхъ правъ ни послѣ отца, ни послѣ матери; въ случаѣ бездѣтной смерти, ихъ имущество поступало къ сеньору.

Нѣкоторое облегченіе внесла въ положеніе незаконнорожденныхъ рецепція римскаго права, вообще довольно мягко относившагося къ дѣтямъ внѣбрачнаго происхожденія. Рѣзкое измѣненіе взгляда на нихъ попыталось внести революціонное законодательство. Актомъ 12 брюмера 1793 незаконнорожденные были совершенно уравнены съ законными дѣтьми. Впрочемъ, этотъ законъ недолго сохранялъ силу. Въ кодексѣ Наполеона мы встрѣчаемся съ совершенно противоположной точкой зрѣнія.

Передъ современными законодательствами выступила двоякая задача: установить связь между незаконнорожденнымъ и его родителями и опредѣлить права незаконнорожденнаго.

По первому вопросу рѣзко отличаются законодательства романскія и германскія. Французскій кодексъ признаетъ связь незаконнорожденнаго съ его матерью, что же касается отца, то съ его стороны возможно добровольное признаніе ребенка своимъ, но розыскъ отца судебнымъ порядкомъ со стороны самого ребенка или его матери недопустимъ (la recherche de la paternité est interdite). Эта точка зрѣнія раскрываетъ стремленіе законодателя охранить интересы мужчинъ. Впрочемъ не сегодня-завтра это положеніе, стяжавшее себѣ громкую извѣстность, должно пасть въ виду внесеннаго проекта объ отмѣнѣ § 340. Полную противоположность французскому кодексу составляло прусское земское право, широко открывавшее возможность заставить мужчину признать на судѣ свое отцовство. Нѣсколько осторожнѣе, но въ томъ же духѣ составлено обще-германское уложеніе. Отцомъ незаконнаго ребенка признается тотъ, кто въ періодъ зачатія имѣлъ плотскую связь съ матерью. Онъ можетъ, однако, воспользоваться exceptio congressus cum pluribus, т.-е. оспаривать свое отцовство доказываніемъ, что мать ребенка состояла въ связи и съ другими (§ 1717).

По второму вопросу, о правахъ незаконнорожденныхъ, кодексъ Наполеона высказывался также неблагопріятно для послѣднихъ. Къ наслѣдованію призывались только признанныя дѣти и то только послѣ родителей, но не родственниковъ ихъ; вступали они въ наслѣдство лишь черезъ посредство суда; доля наслѣдованія незаконнаго ребенка выражалась въ извѣстной

части той доли, какая принадлежала бы ему, если бы онъ былъ законнымъ. Постановленія эти подверглись измѣненію по закону 25 марта 1896 года въ смыслѣ благопріятномъ для незаконныхъ дѣтей: увеличена наслѣдственная доля ихъ, а также допущено полное устраненіе ими конкурентовъ въ сонаслѣдованіи, если это не восходящіе или нисходящіе, не братъ и не сестра наслѣдодателя. По германскому уложенію на отцѣ лежитъ обязанность доставлять ребенку, пока ему не исполнится 16 лѣтъ, содержаніе, соотвѣтствующее положенію матери. Обязанность содержанія не погашается смертью отца, она переходитъ на его наслѣдниковъ. По отношенію къ матери и къ родственникамъ матери незаконныя дѣти занимаютъ юридическое положеніе законныхъ дѣтей. Но отецъ и его незаконный ребенокъ, по закону, не состоятъ въ родствѣ (§ 1589, п. 2). Этимъ опредѣляются наслѣдственныя права незаконнаго ребенка. Самое тяжелое положеніе незаконнорожденнаго въ Англіи. Онъ разсматривается какъ filius nullius, у котораго нѣтъ родственныхъ связей не только съ отцомъ, но и съ матерью, и который поэтому не имѣетъ накакихъ наслѣдственныхъ правъ послѣ своихъ родителей. До 16 лѣтъ незаконнорожденный ребенокъ долженъ быть содержимъ матерью, а за недостаткомъ у послѣдней средствъ, отецъ можетъ быть присужденъ къ уплатѣ 5 шиллинговъ въ недѣлю, независимо отъ его состоятельности.

Идея различія между законными и незаконными дѣтьми появляется въ русскомъ государствѣ довольно поздно. Въ первоначальную эпоху встрѣчается только нѣкоторое отличіе въ общественномъ положеніи дѣтей рабынь. Только въ XVII столѣтіи выступаетъ ясно мысль о преимуществѣ дѣтей отъ законной жены передъ дѣтьми наложницы. Вмѣстѣ съ тѣмъ общепризнана была возможность «привѣнчиванія» незаконныхъ дѣтей послѣдующимъ бракомъ ихъ родителей, пока этотъ порядокъ не встрѣтилъ отпора въ постановленіяхъ Уложенія. Въ XIX вѣкѣ образуется еще болѣе строгій взглядъ на незаконныхъ дѣтей. Допускавшееся нерѣдко раньше сопричтеніе незаконныхъ дѣтей къ законнымъ было признано въ 1801 году чрезвычайною милостью, а въ 1829 году повелѣно было оставлять безъ движенія всѣ прошенія объ узаконеніи, подаваемыя на Высочайшее имя. Но жизнь и чувство жалости къ судьбѣ невинныхъ дѣтей были сильнѣе этого постановленія,—просьбы продолжали подаваться и достигали нерѣдко желаемой цѣли. Въ изданіи гражданскихъ законовъ 1887 года постановленіе это было

выпущено (прим. къ ст. 144 т. X ч. 1). Законъ 12 марта 1891 г. отмѣнилъ существовавшее со времени Уложенія запрещеніе узаконять дѣтей черезъ послѣдующій бракъ. Все болѣе мягкій взглядъ на несчастныхъ дѣтей не далъ остановиться на этомъ законѣ и новый законъ 3 іюня 1902 года еще болѣе пошелъ по этому пути. Но едва ли и на этомъ остановится движеніе нашего законодательства: слишкомъ назрѣлъ больной вопросъ о «безъ вины виноватыхъ». Нужно, впрочемъ, замѣтить, что пока общество не перестанетъ относиться неодобрительно къ внѣбрачнымъ отношеніямъ и ихъ естественнымъ результатамъ,— едва ли законодательство въ состояніи будетъ изгладить совершенно юридическое различіе между законными и внѣбрачными дѣтьми.

Идея незаконнорожденности основывается на зачатіи и рожденіи ребенка внѣ условій законнаго сожительства, т.-е. внѣ брака. По дѣйствующему законодательству, незаконными дѣтьми признаются: 1) рожденные незамужнею; 2) происшедшія отъ прелюбодѣянія; 3) рожденныя по смерти мужа или по расторженіи брака разводомъ, или же послѣ признанія брака недѣйствительнымъ, когда со дня смерти мужа матери или расторженія брака, или же признанія его недѣйствительнымъ до дня рожденія ребенка протекло болѣе 306 дней (т. X ч. 1 ст. 132). Положеніе незаконныхъ дѣтей по русскому законодательству представлялось до послѣдняго времени совершенно безправнымъ. Законъ не признавалъ вовсе связи ихъ съ родителями. Незаконныя дѣти, хотя бы они и были воспитаны тѣми, которые именуются ихъ родителями, не имѣли права на фамилію отца и законное послѣ него или послѣ матери своей въ имуществѣ наслѣдство (т. X ч. 1 ст. 136). Они не пріобрѣтали правъ состоянія не только отца, но даже матери,—незаконнорожденные, къ какому бы званію ни принадлежали ихъ матери, приписывались къ податнымъ обществамъ до совершеннолѣтія (т. V, изд. 1903, уст. прям. нал., ст. 586, прим., прил. ст. 30). Нашъ законъ отказывалъ имъ въ какихъ-либо правахъ наслѣдованія, чего не дѣлало даже самое суровое въ отношеніи къ нимъ законодательство Франціи. Полное отрицаніе ихъ со стороны нашего закона не допускало признанія за родителями ихъ родительской власти надъ ними.

Новый законъ 3 іюня 1902 года рѣшилъ измѣнить это несправедливое положеніе безвинныхъ дѣтей. Прежде всего законодатель замѣняетъ устарѣлое названіе «незаконнорожденные»

болѣе мягкимъ «внѣбрачные». Конечно, дѣло не въ названіи, а въ дѣйствительномъ отношеніи къ дѣтямъ со стороны законодателя и общественнаго мнѣнія. Однако, нельзя отрицать того психологическаго факта, что если съ извѣстнымъ названіемъ соединяется какое-либо позорное представленіе, позоръ названія сохраняется и тогда, когда въ общественномъ мнѣніи произошелъ переворотъ въ представленіи о позорности самого дѣянія.

Новый законъ устанавливаетъ юридическую связь между внѣбрачнымъ ребенкомъ и его матерью, отчасти даже и съ отцомъ. Ребенку присваивается опредѣленная фамилія—одинаковая съ отчествомъ, которое согласуется съ именемъ воспріемника, однако съ взаимнаго согласія матери и ея отца, ребенокъ можетъ носить фамилію матери (т. X ч. 1 ст. 132^{3}), и это, по всей вѣроятности, будетъ наиболѣе частый случай. Соотвѣтственно, матери присваивается родительская власть, очевидно, во всей полнотѣ (т. X ч. 1 ст. 132^{1}). Внѣбрачныя дѣти наслѣдуютъ послѣ матери на основаніяхъ, установленныхъ для законныхъ дѣтей, но только въ благопріобрѣтенномъ, а не въ родовомъ имуществѣ ея. Притомъ, если у матери имѣются только дочери, рожденныя въ бракѣ, то наслѣдство дѣлится поровну между законными и незаконными дѣтьми. Послѣ родственниковъ матери внѣбрачныя дѣти правъ наслѣдованія не имѣютъ (т. X ч. 1 ст. 131^{12}). По возбужденному на практикѣ вопросу, можетъ ли сестра, происшедшая отъ законнаго брака, наслѣдовать въ имуществѣ, оставшемся послѣ сестры, рожденной тою же матерью, но внѣ брака, и не оставившей послѣ себя наслѣдника, Сенатъ высказался, что вообще рожденные въ законномъ бракѣ наслѣдовать послѣ братьевъ и сестеръ, рожденныхъ внѣ брака, не имѣютъ права (кас. рѣш. 1909, № 9). Мать внѣбрачнаго ребенка наслѣдуетъ послѣ него по правиламъ о порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей.

Слабѣе связь внѣбрачнаго ребенка съ отцомъ его. Законодатель не рѣшился ввести институтъ признанія. Однако, повидимому, онъ можетъ дать ему отчество (т. X ч. 1 ст. 132^{2}). Отецъ внѣбрачнаго ребенка обязывается, сообразно своимъ имущественнымъ средствамъ и общественному положенію матери ребенка, нести издержки на его содержаніе, если онъ въ томъ нуждается, до его совершеннолѣтія, хотя эта обязанность можетъ прекратиться и ранѣе, если внѣбрачная дочь выходитъ замужъ или если ребенокъ, будучи подготовленъ къ предна-

значенной ему дѣятельности, въ состояніи самъ себя содержать (т. X ч. 1 ст. 132[4] и 132[5]). Размѣръ содержанія внѣбрачнаго ребенка, однажды опредѣленный, можетъ быть увеличиваемъ или уменьшаемъ въ зависимости отъ измѣнившихся обстоятельствъ (т. X ч. 1 ст. 132[8]). Когда между отцомъ и матерью ребенка возникаютъ разногласія по вопросамъ о содержаніи и воспитаніи его, то эти вопросы разрѣшаются подлежащимъ опекунскимъ установленіемъ (т. X ч. 1 ст. 132[10]). Однако, на законное наслѣдованіе въ имуществѣ отца внѣбрачныя дѣти права не имѣютъ (т. X ч. 1 ст. 132[12]).

§ 64.

Родственный союзъ.

I. Понятіе о родствѣ. Родственнымъ союзомъ называется кругъ лицъ, связанныхъ взаимностью или общностью происхожденія (т. X ч. 1 ст. 196). Родственниками являются лица, происходящія или другъ отъ друга или отъ общаго родоначальника. Отсюда обнаруживается, что родство можетъ быть: a) прямое, когда соединяетъ рядъ лицъ, происходящихъ другъ отъ друга—дѣдъ, отецъ, сынъ, внукъ, и b) боковое, когда соединяетъ лицъ, не происходящихъ другъ отъ друга, но происходящихъ отъ общаго родоначальника.

Связь, соединяющая родственниковъ, представляется физіологическою, насколько имъ свойственно единство крови и наслѣдственныхъ чертъ; она будетъ нравственною, насколько имъ присуще сознаніе общности и взаимной привязанности; она является юридическою, насколько законъ связываетъ съ родствомъ юридическія послѣдствія. Сила родственныхъ связей, имѣвшая громадное значеніе въ первобытномъ обществѣ, когда родъ составлялъ политическую единицу, постепенно ослаблялась по мѣрѣ усиленія индивидуализма и обособленія семьи въ тѣсномъ значеніи слова. Большинство юридическихъ послѣдствій родства составляютъ историческое воспоминаніе прежняго порядка и въ настоящее время мало согласуются со всѣмъ общественнымъ бытомъ.

Каждый человѣкъ по отцу принадлежитъ къ одному роду, по матери—къ другому. Количество родственныхъ круговъ, въ которые входитъ каждый, увеличивается по мѣрѣ восхожденія къ родоначальникамъ. Но съ расширеніемъ родственнаго круга

ослабляется кровное единство и нравственная связь, а потому и законъ признаетъ юридическое значеніе только за близкимъ родствомъ, хоть у насъ въ наслѣдованіи участвуютъ и самые отдаленные родственники (т. X ч. 1 ст. 1111).

Близость родства опредѣляется степенями и линіями. Связь одного лица съ другимъ посредствомъ рожденія составляетъ степень (т. X ч. 1 ст. 1115). Количество рожденій является лучшимъ мѣриломъ близости родства, потому что чѣмъ большимъ числомъ рожденій отдѣлено извѣстное лицо отъ источника крови, тѣмъ слабѣе физіологическая связь. Связь степеней, непрерывно продолжающихся, составляетъ линію (т. X ч. 1 ст. 1115). Линіи, какъ мы видѣли, бываютъ прямыя и боковыя. Прямая линія называется восходящею, если она разсматривается отъ потомковъ къ родоначальникамъ: внукъ, сынъ, отецъ, дѣдъ. Она называется нисходящею, если вниманіе обращено по направленію отъ родоначальниковъ къ потомству: дѣдъ, отецъ, сынъ, внукъ. Для опредѣленія степени родства въ прямой линіи исчисляется количество необходимыхъ рожденій; такъ, напр., между дѣдомъ и внукомъ существуетъ вторая степень родства, такъ какъ необходимо было рожденіе сына (отца) и внука. Въ боковой линіи, по римской системѣ, опредѣленіе степени родства производится установленіемъ числа необходимыхъ рожденій отъ даннаго лица вверхъ по восходящей линіи до общаго родоначальника, а потомъ числа необходимыхъ рожденій отъ этого родоначальника внизъ по нисходящей линіи до другого родственника. Такъ, напр., двоюродные братья состоятъ въ четвертой степени родства, потому что отъ одного изъ нихъ до общаго родоначальника, дѣда, насчитывается два рожденія и отъ дѣда до второго брата—два рожденія. Напротивъ, по каноническому счисленію, принятому у насъ римско-католическою церковью, братья состоятъ въ первой степени родства, дядя и племянникъ—во второй. Въ настоящее время эта система счисленія родства почти всюду отступила передъ римской.

Степень, отъ которой происходятъ двѣ или болѣе линій, называется въ отношеніи къ нимъ колѣномъ (т. X ч. 1 ст. 1116).

Выраженіемъ «родной» обозначается родственникъ въ первой боковой линіи, напр., родной братъ, родной племянникъ. Родственникъ во второй боковой линіи называется двоюроднымъ, въ третьей—троюроднымъ и т. д. Слову «родной» придается еще и другое значеніе, въ смыслѣ полнородства (т. X ч. 1 ст. 1140). Два брата или двѣ сестры называются родными,

когда имѣютъ одного отца и мать. Въ противоположность тому, братья и сестры, имѣющіе общаго отца, но разныхъ матерей, называются единокровными; имѣющіе общую мать, но разныхъ отцовъ—единоутробными.

II. Права по родству. Юридическое значеніе родства заключается въ томъ, что оно даетъ особыя права, возлагаетъ особыя обязанности и, наконецъ, служитъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ юридическимъ препятствіемъ.

Такъ какъ родственный союзъ предполагается ближайшимъ каждому по нравственнымъ связямъ, то родство даетъ права, постороннимъ не принадлежащія.

a. Главное право состоитъ въ правѣ законнаго наслѣдованія ростенніку, послѣ котораго открывается наслѣдство. Каждый членъ рода можетъ, при извѣстныхъ условіяхъ,стать наслѣдникомъ каждаго лица, принадлежащаго къ тому же роду. Праву его препятствуетъ только право другого члена того же рода, являющагося болѣе близкимъ родственникомъ къ тому лицу, послѣ котораго наслѣдство открылось.

b. По нѣкоторымъ законодательствамъ престарѣлые и бѣдные родственники имѣютъ право на содержаніе со стороны другихъ. Наше законодательство признаетъ право на содержаніе только за дѣтьми и родителями.

c. Кровнымъ родственникамъ, которые являются ближайшими наслѣдниками, принадлежитъ право выкупа проданнаго чужеродцу родового имѣнія (т. X ч. 1 ст. 1355). Однако, дѣти и внуки при жизни продавца не имѣютъ права выкупа. Послѣ же его смерти тѣ и другіе допускаются къ выкупу до истеченія законнаго срока (3 лѣтъ), если имѣніе не выкуплено между тѣмъ ближайшими послѣ нихъ родственниками (т. X ч. 1 ст. 1356). Когда ближайшіе родственники, имѣющіе права выкупа, не хотятъ имъ воспользоваться, то это право они могутъ передать дальнимъ родственникамъ черезъ письменное дозволеніе на выкупъ (т. X ч. 1 ст. 1357). Изъ родственниковъ, равно близкихъ къ продавцу, каждый имѣетъ право на выкупъ всего имѣнія безъ позволительныхъ писемъ отъ прочихъ, но послѣдніе могутъ выкупить отъ него слѣдующія имъ части (т. X ч. 1 ст. 1359). Выкупу подлежитъ, по мнѣнію Сената, только имѣніе въ цѣломъ видѣ, выкупъ же отдѣльной доли изъ цѣлаго проданнаго имѣнія недопустимъ, потому что, говоритъ Сенатъ, здѣсь нѣтъ возможности вполнѣ вознаградить пріобрѣтателя за все имъ внесенное или подлежащее взносу (кас. рѣш. 1894,

№ 58). Для облегченія выкупа родовыхъ земельныхъ имѣній потомственными дворянами по закону 25 мая 1899 года крѣпостныя пошлины при такомъ выкупѣ не взимаются (т. V, уст. пошл., изд. 1903, ст. 247, п. 1).

III. Обязанности по родству. Родство возлагаетъ обязанности на родственниковъ, чуждыя постороннимъ лицамъ.

a. На Западѣ родственники обязываются къ принятію безвозмездной опеки (франц. код. § 432, герм. улож. § 1779 п. 2 и § 1785). По русскому законодательству опека, во-первыхъ, соединена съ вознагражденіемъ, а, во-вторыхъ, опека вообще не составляетъ правовой обязанности.

b. На родственникахъ лежитъ обязанность содержанія членовъ того же родственнаго союза. Въ прямой линіи эта обязанность признается всѣми законодательствами. Въ боковой линіи только нѣкоторыя законодательства возлагаютъ эту обязанность на родственниковъ второй степени. Такъ, по испанскому праву (§ 143) алиментарная обязанность лежитъ на братьяхъ въ отношеніи родныхъ братьевъ, по итальянскому праву (§ 141), какъ и по швейцарскому (§ 328), братья и сестры обязаны содержать другъ друга. Французскій кодексъ распространяетъ эту обязанность даже на близкихъ свойственниковъ, а именно зять долженъ доставлять содержаніе тестю и тещѣ (§§ 206 и 207). Русское право обязанность содержанія возлагаетъ только на родственниковъ въ первой степени, на родителей, по отношенію къ дѣтямъ, и на дѣтей, по отношенію къ родителямъ, не распространяя на боковыхъ родственниковъ и близкихъ свойственниковъ. По толкованію судебной практики, обязанность доставлять содержаніе и пропитаніе, какъ долгъ личный, вытекающій изъ нравственнаго чувства, не можетъ быть распространяемъ на внуковъ въ отношеніи дѣда или бабки (кас. рѣш. 1887, № 105).

IV. Родство, какъ препятствіе. Родство составляетъ препятствіе для нѣкоторыхъ юридическихъ дѣйствій.

a. Близкое родство не допускаетъ возможности брака, запрещается вступать въ бракъ въ степеняхъ родства церковными законами возбраненныхъ (т. X ч. 1 ст. 23).

b. Родство оказываетъ вліяніе на возможность свидѣтельства на судѣ, подрывая достовѣрность показаній. Въ гражданскихъ дѣлахъ по отводамъ противной стороны устраняются отъ свидѣтельства родственники, въ прямой линіи безъ ограниченія степеней, а въ боковой первыхъ трехъ степеней того

тяжущагося, который на нихъ ссылается, развѣ бы свидѣтельство ихъ относилось къ доказательствамъ правъ состояній (уст. гр. суд. ст. 373 п. 1). Въ уголовныхъ дѣлахъ не допускаются къ свидѣтельству подъ присягою родственники потерпѣвшаго по прямой линіи, родные его братья и сестры и другіе родственники въ третьей и четвертой степеняхъ. Родственники подсудимаго по прямой линіи, братья и сестры, могутъ сами устранять себя отъ свидѣтельства, а родственники въ боковой линіи до третьей степени не допускаются къ свидѣтельству безъ присяги (уст. угол. суд. стт. 705 и 707 пп. 2 и 3).

c. Родственники лицъ, въ пользу которыхъ составлено завѣщаніе, до четвертой степени, не могутъ быть свидѣтелями при составленіи домашнихъ завѣщаній, если завѣщаніе дѣлается не въ пользу прямыхъ наслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 1054 п. 2).

d. Свидѣтелями при совершеніи нотаріальныхъ актовъ, подъ опасеніемъ лишенія акта силы нотаріальнаго, не могутъ быть родственники лицъ, въ пользу которыхъ въ самомъ актѣ дѣлается какое-либо распоряженіе (пол. о нот. части ст. 75 и 87 п. 3).

§ 65.

Опека и попечительство.

Литература: Любавскій, *Юридическія монографіи*, т. II, стр. 247—360; Поповъ, *Объ опекѣ въ связи съ общественнымъ бытомъ древней Россіи* („Юрид. Зап.“ т. II); Концевичъ, *Къ вопросу объ опекахъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1883, № 8); Невзоровъ, *Опека надъ несовершеннолѣтними*, 1891; Загоровскій, *Опека надъ несовершеннолѣтними* („Русская Мысль“, 1902, № 4); Вольманъ, *Опека и попечительство*, 1903; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. V, 1905, стр. 251—385.

I. Понятіе объ опекѣ и попечительствѣ. Забота и уходъ, которые необходимы каждому, не имѣющему достаточной зрѣлости для пріобрѣтенія матеріальныхъ средствъ и сознанія общественныхъ отношеній, обезпечиваются семьею. Возможны случаи, когда семьи нѣтъ, ребенокъ остается безъ родителей. Чѣмъ уже семейный кругъ, тѣмъ чаще возможность такого безпомощнаго положенія. Государству приходится искусственно создавать попеченіе, подобное тому, какое даетъ семья. Оно назначаетъ къ сиротамъ лицъ, которыя должны замѣнить имъ родителей. Опека, по своей цѣли подражанія естественной

семьѣ, представляетъ, съ обратной стороны, то же, что́ и усыновленіе: въ послѣднемъ случаѣ восполняется недостатокъ въ дѣтяхъ, въ первомъ—недостатокъ въ родителяхъ; очевидно, что опека можетъ имѣть мѣсто тамъ, гдѣ остаются дѣти, не имѣющія ни отца, ни матери. Смерть одного изъ родителей только сосредоточиваетъ все попеченіе и всю власть въ лицѣ оставшагося родителя. Опекунская власть несовмѣстима съ родительскою, хотя нѣкоторыя законодательства, напр., французское, въ томъ числѣ и наше, говорятъ объ опекѣ тогда, когда дѣти лишаются только одного изъ родителей.

Для законодателя открывается весьма трудная задача—создать искусственно семью, ближе всего подходящую къ естественной семьѣ, обезпечить возможно большую нравственную связь, которая скрѣпляетъ семейный союзъ. Наиболѣе пригоднымъ матеріаломъ для исполненія этой задачи считаются ближайшіе родственники, въ которыхъ предполагаютъ больше любви къ сиротѣ, чѣмъ къ постороннимъ лицамъ. Но элементы эти при современномъ индивидуализмѣ не всегда обезпечиваютъ необходимую любовь и заботливость. Въ родственникахъ можетъ обнаружиться, вмѣсто родственной привязанности, эгоистическое сознаніе наслѣдственныхъ правъ на имущество опекаемаго. Съ этой стороны посторонніе лица обѣщаютъ большее безпристрастіе, чѣмъ родственники. Такимъ образомъ, при организаціи искусственной семьи законодателю приходится считаться съ двумя противоположными направленіями родственныхъ чувствъ. Трудно опредѣлить, какъ лучше достигается цѣль опеки,—семейными ли совѣтами, состоящими изъ родственниковъ отца и матери, обязательнымъ ли вручеміемъ попеченія ближайшимъ родственникамъ, или предоставленіемъ заботъ совершенно постороннимъ лицамъ. Если попеченіе о личности опекаемаго достигается лучше родственниками, знающими и привыкшими къ образу жизни разстроенной семьи, то попеченіе объ имуществѣ его съ бо́льшимъ успѣхомъ можетъ быть поручено постороннимъ, потому что нравственныя начала играютъ здѣсь меньшую роль, чѣмъ опытность и знаніе дѣла.

Во Франціи опека построена на семейномъ принципѣ слѣдующимъ образомъ. Оставшемуся въ живыхъ родителю принадлежитъ законная опека; однако, мать, вступившая въ новый бракъ, устраняется отъ опеки. За отсутствіемъ опекуновъ законныхъ и завѣщательныхъ, опекунъ назначается семейнымъ совѣтомъ (conseil de famille), который составляется, подъ предсѣда-

тельствомъ мирового судьи, изъ 6 членовъ, выбираемыхъ поровну изъ родственниковъ отца и матери. Семейный совѣтъ представляетъ высшую инстанцію, на разсмотрѣніе которой передаются наиболѣе важные вопросы опеки, напр., продажа или залогъ недвижимостей. Опекунъ назначается изъ родственниковъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ назначается еще лицо—опекунъ-наблюдатель, непремѣнно изъ другой семьи, который имѣетъ своею задачею наблюдать за дѣйствіями опекуна, заботиться объ интересахъ малолѣтняго, когда они сталкиваются съ интересами опекуна, напр., въ случаѣ раздѣла наслѣдства. Принятіе на себя опекунской задачи составляетъ семейную обязанность, отъ которой никто не можетъ отказываться, за исключеніемъ указанныхъ въ законѣ случаевъ. Опека, слѣдовательно, поставлена во Франціи такимъ образомъ, что забота о малолѣтнихъ лежитъ всецѣло на родственникахъ и притомъ установленъ взаимный контроль со стороны двухъ семей, которыя законъ не предполагаетъ слишкомъ тѣсно связанными, чтобы можно было опасаться соглашенія, вреднаго для интересовъ малолѣтняго.

Отъ семейнаго принципа значительно уклоняется германское гражданское уложеніе. Правда, и здѣсь встрѣчается семейный совѣтъ (Familienrath), но онъ учреждается только по желанію отца, матери или самого опекуна. Притомъ весь тотъ надзоръ за дѣятельностью опекуна, который во Франціи лежитъ на семейномъ совѣтѣ, переносится по германскому уложенію на опекунскій судъ. Опекунскія обязанности падаютъ прежде всего на отца, мать, дѣда, бабку, а за отсутствіемъ ихъ судъ назначаетъ опекуновъ по своему усмотрѣнію. Законъ рекомендуетъ, но не обязываетъ, назначать родственниковъ и свойственниковъ. Въ законѣ указывается необходимость назначенія и опекуна-наблюдателя, если съ опекою сопряжено управленіе имуществомъ, развѣ что управленіе несложно.

Близко къ германскому типу подходитъ организація опеки въ Англіи. Никакого семейнаго совѣта англійское право не знаетъ. Опекунъ (trustee) назначается или въ завѣщаніи отца, но не матери, или же канцлерскимъ судомъ, который составляетъ опекунское установленіе, наблюдающее за дѣятельностью опекуновъ. Опекуномъ можетъ быть назначенъ какъ родственникъ, такъ и постороннее лицо.

Попеченіе надъ личностью оставшихся безъ родителей вы-

ражается по русскому законодательству въ перенесеніи на опекуна, если не всѣхъ, то большинства правъ и обязанностей, лежащихъ по закону на родителяхъ. Съ имущественной стороны цѣль попеченія достигается двоякимъ путемъ: посредствомъ опеки и попечительства. Опека заключается въ полной замѣнѣ опекаемаго опекуномъ при совершеніи юридическихъ дѣйствій. Опекунъ является представителемъ опекаемаго, самъ совершаетъ отъ имени послѣдняго сдѣлки. Опекаемый признается вовсе неспособнымъ къ юридической дѣятельности. Въ такомъ положеніи находятся у насъ недостигшіе 17-лѣтняго возраста. Попечительство состоитъ въ содѣйствіи несовершеннолѣтнему при осуществленіи имъ лично юридической дѣятельности. Попечитель не замѣняетъ опекаемаго, а только восполняетъ своимъ опытомъ его недостаточную зрѣлость. Попечитель совѣтуетъ и останавливаетъ вредныя дѣйствія опекаемаго. Послѣдній дѣйствуетъ самъ, но не иначе, какъ съ согласія попечителя.

Опека имѣетъ своею цѣлью восполненіе недостатка въ естественной семьѣ. Организуемая на подобіе семьи, она примыкаетъ къ семейному праву. Поэтому опека надъ несовершеннолѣтними называется у насъ *опекою въ порядкѣ семейственномъ*. Такая опека устанавливается для попеченія не только надъ лицами несовершеннолѣтними, лишенными зрѣлости до извѣстнаго времени, но и надъ безумными, сумасшедшими, глухонѣмыми и нѣмыми (т. X ч. 1 ст. 212), которые навсегда остаются въ положеніи дѣтей, нуждающихся въ постоянномъ надзорѣ и попеченіи. Въ противоположность этой формѣ опеки, законодатель устанавливаетъ попеченіе надъ такими лицами, которыя не нуждаются вовсе въ родительскомъ попеченіи, можетъ быть сами являются въ роли родителей. Вмѣшательство государства объясняется здѣсь наличностью такихъ обстоятельствъ, при которыхъ возникаетъ опасность за состояніе имущества, остающагося безъ разумнаго распорядителя. Таковы случаи безвѣстнаго отсутствія (уст. гражд. суд. ст. 1453), расточительности (т. XIV уст. пред. прест. ст. 150), смерти стороны въ гражданскомъ процессѣ (уст. гражд. суд. ст. 752), сокрытія обвиняемаго въ уголовномъ процессѣ (уст. угол. суд. ст. 851). Задача опеки чисто охранительная — предупредить возможность растраты и расхищенія имущества. Поэтому такая опека можетъ быть названа *опекою въ порядкѣ охранительномъ*. Въ противоположность опекѣ перваго рода, опека въ

порядкѣ охранительномъ носитъ исключительно имущественный характеръ.

II. Исторія опеки въ Россіи. Постановленія объ опекѣ встрѣчаются уже въ Русской Правдѣ. Они являются выраженіемъ отчасти прежняго родового порядка, отчасти заимствованіемъ изъ византійскаго права. Послѣ смерти отца попеченіе о дѣтяхъ переходило къ матери, которая выполняла свою задачу не въ силу опекунской, а въ силу родительской власти. При полной автономіи семьи въ древнемъ обществѣ, опека составляетъ только восполненіе естественной семьи, и опекунская власть строится по образцу родительской. Только по мѣрѣ развитія гражданственности опека принимаетъ все болѣе публичный характеръ, и уже родительская власть сокращается въ своемъ объемѣ примѣнительно къ опекунской. Если мать умирала или выбывала сама изъ семьи вслѣдствіе новаго замужества, то опека надъ малолѣтними дѣтьми, которыя не въ состояніи сами о себѣ заботиться, вручалась ближнимъ родственникамъ. Имущество опекаемыхъ передавалось имъ при свидѣтеляхъ. Опекунъ могъ пользоваться имуществомъ въ свою пользу, отдавать капиталъ опекаемыхъ въ ростъ, торговлю, «зане онъ прокормилъ и печаловался ими». По достиженіи зрѣлаго возраста, опекунъ обязанъ былъ возвратить все имущество въ цѣлости и уплатить все растраченное (Карамз. спис. 111). Опекуномъ могъ быть и вотчимъ, также съ обязанностью возвратить имущество въ неприкосновенности. Задача опеки даетъ основаніе предположить, что надзоръ за опекунами и разсмотрѣніе споровъ, возникавшихъ изъ опеки, принадлежали духовной власти.

Позднѣйшіе памятники обходятъ вопросъ объ опекѣ полнымъ молчаніемъ, только въ Уложеніи встрѣчается нѣсколько отдѣльныхъ замѣчаній, мало разъясняющихъ вопросъ о положеніи опеки, которая, повидимому, не очень интересовала государственную власть. Только Петръ I придалъ опекѣ публичное значеніе. Постановленія объ опекѣ нашли себѣ мѣсто въ указѣ 1714 года о единонаслѣдіи и въ инструкціи магистратамъ 1724 года. Въ законодательствѣ Петра устанавливаются два способа учрежденія опеки: по завѣщанію и по назначенію магистрата. Опредѣляется возрастъ совершеннолѣтія для наслѣдниковъ недвижимостей въ 20 лѣтъ, для наслѣдниковъ движимостей въ 18 и 17 лѣтъ. Возможность для нихъ совершенія сдѣлокъ была преграждена постановленіемъ: никакимъ пись-

мамъ и записямъ малолѣтнихъ не вѣрить. При Петрѣ установлена была въ 1722 году опека надъ безумными и сумасшедшими,—дураками, какъ говорится въ указѣ.

Послѣдующіе законодатели ломали или возстановляли петровскія реформы. Только при Екатеринѣ II, съ изданіемъ учрежденія о губерніяхъ 1775 года, опека получила довольно полную организацію. Соотвѣтственно духу времени, опека построена была на сословныхъ началахъ, и то законъ касался только дворянъ и городскихъ обывателей. Впервые встрѣчаемъ въ законѣ опредѣленіе качествъ, необходимыхъ для опекуна, и указаніе недостатковъ, препятствующихъ исполненію этой обязанности.

Постановленія объ опекѣ, созданныя учрежденіемъ о губерніяхъ, составляютъ, въ основныхъ чертахъ, дѣйствующее законодательство. Позднѣйшіе законы представляютъ собою или развитіе частностей или установленіе особенностей. Такъ, въ 1785 году опредѣленъ былъ возрастъ совершеннолѣтія, въ 1845 году рѣшено было пріостановить теченіе давности до достиженія совершеннолѣтія. Съ другой стороны, идетъ цѣлый рядъ особыхъ правилъ объ опекѣ, изъ которыхъ многія и до сихъ поръ остаются несогласованными съ общими постановленіями. Въ 1818 году установлена была опека для личныхъ дворянъ, въ 1817 и 1841—для священно-и церковнослужителей, въ 1820—для лицъ осиротѣвшихъ за границею, въ 1842—для нѣмыхъ и глухонѣмыхъ. Крестьянская реформа оставила опеку въ крестьянскомъ быту подъ дѣйствіемъ обычая и не подчинила ее дѣйствію общихъ правилъ. Только законъ 18 мая 1911 года объ учрежденіи опекъ надъ сельскими обывателями вслѣдствіе расточительности отчасти восполнилъ этотъ пробѣлъ. Вслѣдствіе такого постепеннаго образованія опеки, организація ея не проникнута какимъ-либо общимъ началомъ, а представляетъ собою довольно случайный наборъ различныхъ постановленій. Нельзя признать правильной основную идею нашей опеки—учрежденіе ея совмѣстно съ родительскимъ попеченіемъ. Если при жизни обоихъ родителей они оба пользовались правомъ попеченія, какъ родители, почему за смертью одного изъ нихъ другой долженъ перейти на роль опекуна?

Въ нашей административной практикѣ установилась опека, учреждаемая въ порядкѣ верховнаго управленія по Высочайшему повелѣнію, по представленію Совѣта Министровъ. Од-

нимъ изъ примѣровъ такой практики можетъ служить опека, учрежденная надъ имуществомъ вдовы камергера Сильванской (Собр. узак. и расп. прав. 1910, № 73, ст. 745), при чемъ учрежденіе опеки послѣдовало согласно ея о томъ ходатайству и съ правомъ для нея самой избрать себѣ одного изъ трехъ опекуновъ,— что устраняетъ сопоставленіе этого вида опеки съ другими, извѣстными закону.

III. Призваніе къ опекунскимъ обязанностямъ. Къ исполненію опекунскихъ обязанностей призываются какъ лица мужского, такъ и женскаго пола, по крайней мѣрѣ законъ не исключаетъ женщинъ. Нѣтъ никакого основанія утверждать, будто для принятія замужнею женщиною опекунской обязанности необходимо согласіе мужа,— по аналогіи съ личнымъ наймомъ (Анненковъ),— ничего общаго между договоромъ личнаго найма и назначеніемъ опекуншей, хотя бы и съ правомъ на вознагражденіе, нельзя найти. Для опеки надъ малолѣтними и глухонѣмыми родство (не считая родителей) не даетъ никакихъ преимуществъ передъ посторонними (т. X ч. 1 стт. 254 и 381), хотя фактически опекунами назначаются чаще всего родственники опекаемаго. По инструкціи Магистрату 1724 года надлежало, за отсутствіемъ указаній въ родительскомъ завѣщаніи, назначать опекунами сродниковъ или свойственниковъ малолѣтняго, и только если ихъ нѣтъ, то и изъ постороннихъ людей добрыхъ. Но уже въ учрежденіи о губерніяхъ 1775 г. сказано, что городскіе сиротскіе суды могутъ назначать опекунами какъ родственниковъ и свойственниковъ, такъ и постороннихъ лицъ. Въ дѣйствующемъ правѣ только къ опекѣ надъ сумасшедшими призываются ближайшіе родственники, имѣющіе право наслѣдованія (т. X ч. 1 ст. 376). Относительно опеки за расточительность и судебной опеки законъ никакихъ указаній не даетъ, а потому постороннія лица могутъ быть призываемы наравнѣ съ родственниками. Выборъ въ опекуны долженъ быть обращаемъ на людей, которые нравственными качествами даютъ надежду къ призрѣнію малолѣтняго въ здоровьи, добронравномъ воспитаніи и достаточномъ по его состоянію содержаніи и отъ которыхъ можно ожидать отеческаго къ малолѣтнему попеченія. Поэтому запрещается опредѣлять опекунами: a) расточителей, b) подвергшихся по суду ограниченію правъ состоянія, c) имѣющихъ явные и гласные пороки, d) извѣстныхъ суровыми своими по-

ступками, e) имѣвшихъ ссору съ родителями малолѣтняго, f) несостоятельныхъ (т. X ч. 1 ст. 256). Наша практика совершенно правильно смотритъ на это перечисленіе только какъ на примѣрное и допускаетъ возможность устраненія такихъ лицъ, которыя, хотя и не перечислены закономъ, но не подходятъ подъ общія требованія (кас. рѣш. 1873, № 1239; 1895, № 50). Лица поднадзорныя не могутъ быть опекунами и попечителями иначе, какъ съ особаго на то разрѣшенія министра внутреннихъ дѣлъ (т. XIV, уст. пред. прест., ст. 1, прим. 2, прил. II, ст. 23). Хотя завѣдываніе опекою построено на сословныхъ началахъ, но въ законѣ не содержится указаній, чтобы опекунъ принадлежалъ непремѣнно къ тому же сословію, какъ и опекаемый. Отсутствіе необходимыхъ качествъ составляетъ только препятствіе къ назначенію со стороны опекунскихъ учрежденій, но не поражаетъ недѣйствительностью дѣйствій, совершонныхъ такимъ опекуномъ, который былъ назначенъ вопреки законнымъ инструкціямъ.

Въ нашемъ законѣ не указывается, составляетъ ли опекунская должность обязанность, отъ которой никто не въ правѣ уклоняться. Опека составляетъ общественную повинность (munus publicum) въ Германіи (§ 1785), въ Швейцаріи (§ 382), но не въ Англіи; во Франціи опекунская повинность не указана прямо въ законѣ, но она выводится изъ допущенныхъ закономъ исключеній. Какъ рѣшается этотъ вопросъ въ Россіи? Замѣтимъ, что у насъ онъ не такъ остро стоитъ, какъ на Западѣ, гдѣ опека безмездна, у насъ же, наоборотъ, опекунскихъ обязанностей ищутъ изъ-за вознагражденія. Общаго положенія въ нашемъ законодательствѣ не высказано, даны лишь исключенія. Такъ, управляющіе аптеками увольняются отъ выбора въ опекуны, буде сами на принятіе сего званія не изъявятъ согласія (т. XIII, уст. врач., изд. 1905, ст. 393). Подобное же исключеніе установлено для военнослужащихъ (Св. Воен. Пост. 1869, кн. VII, ст. 929). Изъ этихъ исключеній можно было бы вывести a contrario общее правило, что лицо, призываемое къ исполненію опекунскихъ обязанностей, не въ правѣ уклоняться отъ принятія ихъ. Но, съ другой стороны, уклоненіе отъ обязанности не сопровождается невыгодными послѣдствіями. Поэтому практикою нашею высказанъ взглядъ, что опекунство не признается обязательною общественною повинностью (общ. собр. 1 и кас. деп. 1890, № 20).

Существуютъ три способа призванія къ исполненію опе-

кунскихъ обязанностей: по завѣщанію, по закону и по назначенію.

1. Родители имѣютъ право назначить въ духовномъ завѣщаніи къ остающимся послѣ нихъ малолѣтнимъ дѣтямъ и имуществу опекуновъ по собственному своему избранію (т. X ч. 1 ст. 227). Очевидно, право назначенія опекуна принадлежитъ каждому изъ родителей, а не совмѣстно, такъ какъ два лица совокупно въ одномъ и томъ же завѣщаніи не могутъ изъявлять свою волю (т. X ч. 1 ст. 1032). Назначеніе опекуна въ завѣщаніи возможно и со стороны посторонняго лица, когда оно завѣщаетъ малолѣтнему имущество.

2. По закону опека надъ несовершеннолѣтними и нѣмыми возлагается и принадлежитъ родителямъ, а именно отцу, если оба они живы (т. X ч. 1 ст. 226), матери, если отца нѣтъ въ живыхъ (т. X ч. 1 ст. 229). Отецъ внѣбрачнаго ребенка, доставляющій средства на его содержаніе, въ случаяхъ учрежденія надъ ребенкомъ опеки, можетъ быть назначенъ, по желанію, опекуномъ предпочтительно передъ другими лицами (т. X ч. 1 ст. 132^{11}). Ближайшимъ родственникамъ законная опека принадлежитъ только въ отношеніи сумасшедшихъ (т. X ч. 1 ст. 376). Законная опека значитъ, что никто другой не можетъ быть утвержденъ въ званіи опекуна надъ даннымъ лицомъ. Если бы законные опекуны были обойдены при назначеніи опекунскимъ установленіемъ, они въ правѣ обжаловать дѣйствія послѣдняго, какъ незаконныя. Возможны, конечно, случаи столкновенія между законною и завѣщательною опекою: допустимъ, что напр., отецъ, умирая, завѣщаетъ дѣтямъ имущество съ назначеніемъ посторонняго опекуна, помимо матери, или къ имуществу, завѣщанному малолѣтнему отъ посторонняго, исключены будутъ изъ опеки родители. Слѣдуетъ признать, что личная опека, т.-е. попеченіе о личности опекаемаго, не можетъ быть отнята у родителей, даже однимъ изъ родителей у другого, потому что личное попеченіе вытекаетъ изъ родительской власти, которую опека только замѣняетъ (кас. рѣш. 1890, № 29). Такъ какъ родительская власть не распространяется на имущество дѣтей, то къ имуществу малолѣтнихъ могутъ быть назначены по завѣщанію и посторонніе опекуны, помимо родителей. Родители не могутъ быть назначены опекунами къ имуществу дѣтей, помимо завѣщанія, и въ тѣхъ случаяхъ, когда они не отвѣчаютъ тѣмъ личнымъ качествамъ, которыя требуются по закону отъ исполнителей этой обязан-

ности (т. X ч. 1 ст. 230). Опекунское установленіе не можетъ лишить родителей присвоенной имъ по закону опеки, помимо указанныхъ случаевъ, не можетъ также назначить имъ въ помощь другихъ опекуновъ, если это не опредѣлено завѣщаніемъ (contra кас. рѣш. 1873, № 1239).

3. Когда въ завѣщаніи опекунъ не назначенъ, а оставшіеся въ живыхъ отецъ или мать этой обязанности на себя не примутъ или не могутъ принять, то опекунъ избирается правительствомъ (т. X ч. 1 ст. 231). Очевидно, въ послѣднемъ случаѣ рѣчь идетъ объ имущественной опекѣ, потому что по общему смыслу нашихъ законовъ нельзя себѣ представить, чтобы отецъ или мать были въ правѣ отказаться отъ личнаго попеченія надъ собственнымъ ребенкомъ.

IV. Учрежденіе опеки. Порядокъ назначенія опеки слѣдующій. Попеченіе о несовершеннолѣтнихъ, сумасшедшихъ, расточителяхъ, глухонѣмыхъ и нѣмыхъ изъ дворянскаго сословія возлагается на дворянскую опеку, учреждаемую обыкновенно въ каждомъ уѣздѣ, а въ нѣкоторыхъ мѣстахъ—только въ губерніи. Попеченіе о лицахъ, принадлежащихъ къ личнымъ дворянамъ и городскимъ обывателямъ, возлагается на дворянскій судъ, учреждаемый въ каждомъ городѣ. Назначеніе опекуновъ и попечителей къ сиротамъ и имуществу крестьянъ, приписанныхъ къ данному сельскому обществу, принадлежитъ сельскому сходу; крестьянъ, пріобрѣвшихъ недвижимость или жительствовавшихъ внѣ предѣловъ своего сельскаго общества, но въ предѣлахъ волости — волостному сходу; наконецъ, крестьянъ, приписанныхъ къ волостямъ, но жительствовавшихъ или имѣвшихъ недвижимость въ городскихъ поселеніяхъ— сиротскому суду (общ. пол., изд. 1902, стт. 62 и 94, примѣчаніе, рѣш. общ. собр. 1 и кас. деп. 1910, № 42). Надъ дѣтьми духовныхъ особъ, принадлежащихъ къ потомственному дворянству, опекуны назначаются на одинаковомъ основаніи съ прочими дворянами; учрежденіе же опеки надъ дѣтьми прочихъ священнослужителей и церковныхъ причетниковъ принадлежитъ духовному начальству.

1. Къ дѣламъ по опекѣ надъ несовершеннолѣтними дворянская опека и сиротскій судъ приступаютъ по увѣдомленію дворянскаго предводителя или городского головы, близкихъ родственниковъ или свойственниковъ малолѣтняго, высшаго или равнаго присутственнаго мѣста, по сообщенію двухъ (?) постороннихъ лицъ и приходскаго священника (т. X ч. 1

ст. 250). Надо полагать, что опекунское установленіе приступитъ къ опредѣленію опекуна, какимъ бы способомъ и черезъ кого бы ни были получены свѣдѣнія объ оставшихся сиротахъ. По увѣдомленіи опекунское установленіе обязано собрать свѣдѣнія объ имуществѣ, доставшемся малолѣтнему, опредѣлить къ лицу его и къ имѣнію опекуна, въ завѣщаніи родителей назначеннаго, или, если этого не сдѣлано, то избрать самимъ опекуна (т. X ч. 1 ст. 251).

Если у малолѣтняго оказывается имущество въ разныхъ мѣстностяхъ, то къ учрежденію опеки должно считать уполномоченнымъ опекунское установленіе любого изъ этихъ мѣстъ,— по времени первое приступившее къ дѣлу. Если малолѣтній остался не въ томъ мѣстѣ, гдѣ находится его имущество, то правильнѣе, кажется, учреждать опеку по мѣсту нахожденія имущества. Положительнаго числа опекуновъ законъ не опредѣляетъ. Можетъ быть назначенъ одинъ опекунъ къ лицу и имуществу, хотя бы находящемуся въ разныхъ уѣздахъ (т. X ч. 1 ст. 253); можетъ быть назначенъ одинъ опекунъ къ лицу, другой къ имуществу; можетъ быть назначено нѣсколько опекуновъ къ каждому имѣнію. Но нельзя назначить нѣсколько опекуновъ къ лицу, потому что опекунская власть, какъ абсолютная, нераздѣльна. Назначеніе нѣсколькихъ опекуновъ къ одному имуществу представляется нецѣлесообразнымъ, потому что затрудняетъ управленіе и колеблетъ довѣріе третьихъ лицъ къ дѣйствіямъ опекуновъ. Назначеніе нѣсколькихъ опекуновъ представляетъ и юридическія трудности. Опекуны, когда ихъ нѣсколько, представляютъ, по мнѣнію практики, въ совокупности личность опекаемаго (кас. рѣш. 1877, № 17). Конструкція такого отношенія является не совсѣмъ ясною: здѣсь нѣтъ солидарности, потому что она не установлена закономъ, а слѣдовательно и не предполагается; здѣсь нѣтъ юридическаго лица, потому что нѣтъ основанія для его возникновенія.

Опекуны, къ какой бы категоріи они ни принадлежали, приступаютъ къ исполненію своихъ обязанностей не иначе, какъ по утвержденіи ихъ со стороны опекунскихъ установленій и по выдачѣ имъ *опекунскаго указа*. Это положеніе относится не только къ опекунамъ назначаемымъ, но и указаннымъ въ завѣщаніи и вступающимъ въ отправленіе опекунскихъ обязанностей въ силу закона, не исключая и родителей.

2. Каждому семейству, въ которомъ находится безумный или сумасшедшій, предоставляется предъявить о томъ мѣстному на-

чальству. На этомъ основаніи такія лица подвергаются освидѣтельствованію во врачебномъ отдѣленіи губернскаго правленія (т. X ч. 1 стт. 367 и 368). Если доставленіе въ губернскій городъ лица, подвергшагося безумію или сумасшествію, признано будетъ невозможнымъ безъ опасности для его жизни, то освидѣтельствованіе производится на мѣстѣ жительства или пребыванія (т. X ч. 1 ст. 372). Освидѣтельствованіе заключается въ разсмотрѣніи отвѣтовъ на предлагаемые вопросы, до обыкновенныхъ обстоятельствъ и домашней жизни относящіеся (т. X ч. 1 ст. 373). По освидѣтельствованіи, если присутствіе признаетъ сумасшествіе дѣйствительнымъ, то, не налагая само опеки, все имъ найденное представляетъ на разсмотрѣніе Сенату и, до полученія отъ него окончательнаго рѣшенія, принимаетъ только законныя мѣры къ призрѣнію страждущаго и сохраненію его имущества (т. X ч. 1 ст. 374). Мѣра призрѣнія выражается въ томъ, что душевно-больной поручается въ смотрѣніе ближайшимъ родственникамъ, а если таковыхъ не окажется, или они откажутся отъ попеченія, то душевно-больной отдается въ домъ для умалишенныхъ (т. X ч. 1 ст. 375). Если Сенатъ согласился съ заключеніемъ врачебнаго отдѣленія, то надъ лицомъ и имуществомъ сумасшедшаго учреждается опека, которая поручается наслѣдникамъ (т. X ч. 1 ст. 376). По полученіи распоряженія объ учрежденіи опеки, опекунское установленіе публикуетъ въ Сенатскихъ Объявленіяхъ, по какому поводу и надъ кѣмъ учреждается опека (т. X ч. 1 ст. 374 [1]). Этотъ видъ опеки оставляетъ открытымъ цѣлый рядъ вопросовъ. Какъ учреждается опека надъ сумасшедшими, если родные не просятъ объ ея учрежденіи? Какъ быть, если у сумасшедшаго нѣтъ вовсе родственниковъ? Какъ опредѣлить родственниковъ, имѣющихъ право наслѣдованія, когда не наступилъ еще моментъ открытія наслѣдства?

3. Въ томъ же порядкѣ производится освидѣтельствованіе глухонѣмыхъ и нѣмыхъ по достиженіи ими 21 года. Если найдено будетъ, что они не обучены грамотѣ и лишены всякаго средства пріобрѣтать понятія и выражать волю, и потому обнаруживается опасность предоставленія имъ управленія имуществомъ, — то врачебное отдѣленіе губернскаго правленія представляетъ о томъ Сенату, который предписываетъ учредить опеку или попечительство (т. X ч. 1 ст. 381).

4. Когда губернатору сообщено будетъ со стороны родствен-

никовъ о безмѣрной и раззорительной роскоши дворянина, то онъ, произведя негласное изслѣдованіе и убѣдившись въ несомнѣнности свѣдѣній, предлагаетъ, черезъ губернскаго предводителя, на разсмотрѣніе собранія предводителей и депутатовъ дворянства. Постановленіе этого собранія представляется въ Сенатъ, который, признавъ изъ доставленныхъ ему свѣдѣній наличность расточительности, предписываетъ учредить опеку. Въ предупрежденіе мотовства въ промежутокъ времени до полученія сенатскаго разрѣшенія, губернаторъ можетъ, послѣ постановленія собранія предводителей, сдѣлать распоряженіе о наложеніи запрещенія на имѣніе. Жалобы на неправильныя опредѣленія собранія, напр., на признаніе расточителемъ лица, проживавшаго только доходы и не заложившаго своихъ имѣній, могутъ быть подаваемы въ первый департаментъ Сената (уст. пред. прест. ст. 150 прил. I). Если расточитель принадлежитъ къ почетнымъ гражданамъ, купцамъ или мѣщанамъ, то вопросъ о необходимости учрежденія опеки разрѣшается въ губернскомъ правленіи. Опредѣленія этого присутствія окончательны и немедленно приводятся въ исполненіе, но допускается подавать жалобы въ Сенатъ (уст. пред. прест. ст. 150 прил. II). До послѣдняго времени въ нашемъ законодательствѣ не было вовсе указаній о порядкѣ учрежденія надъ сельскими обывателями опеки по расточительности. Этотъ пробѣлъ восполненъ закономъ 18 мая 1911 года. Законъ предусматриваетъ признаніе расточителями какъ сельскихъ обывателей, постоянно проживающихъ внѣ городскихъ поселеній, такъ и сельскихъ обывателей, постоянно проживающихъ въ предѣлахъ городскихъ поселеній. Дѣла о расточительности первыхъ разсматриваются волостными судами по мѣсту постояннаго жительства лица, дѣла о расточительности вторыхъ — окружными судами. Дѣла возбуждаются по просьбѣ родственниковъ или близкихъ лицъ, а также по иниціативѣ должностныхъ лицъ. Рѣшенія волостного суда, какъ и опредѣленія окружнаго суда, подлежатъ обжалованію въ апелляціонномъ и касаціонномъ порядкѣ, но это не мѣшаетъ суду, въ случаяхъ не терпящихъ отлагательства, немедленно наложить арестъ и запрещеніе на имущество лица. Опека можетъ быть снята по устраненіи причинъ, вызвавшихъ ея учрежденіе, но не ранѣе, какъ черезъ годъ со времени объявленія лица расточителемъ.

5. Въ случаѣ смерти тяжущагося во время процесса или

должника во время исполненія рѣшенія, противной сторонѣ предоставляется просить, «гдѣ слѣдуетъ», о немедленномъ назначеніи къ имуществу опекуна, независимо отъ ходатайства по этому предмету наслѣдниковъ умершаго (уст. гражд. суд. стт. 752 и 960). Слѣдовательно, не судъ, а сама заинтересованная сторона увѣдомляетъ опекунское установленіе о необходимости назначенія опеки въ порядкѣ охранительномъ.

V. Права и обязанности опекуновъ. Обязанности опекуна сводятся главнымъ образомъ къ двумъ: a) къ попеченію объ особѣ опекаемаго, если только послѣдній нуждается въ этомъ, какъ малолѣтній, сумасшедшій, глухонѣмой, и b) къ управленію имуществомъ состоящаго подъ опекою.

1. *Попеченіе о личности* имѣетъ наибольшее значеніе въ отношеніи малолѣтнихъ. Въ исполненіи этой обязанности опекуны пользуются правами личной власти, какъ и родители (сопоставленіе стт. 172—175 со ст. 263 т. X ч. 1); такъ, отъ опекуновъ, какъ и отъ родителей, зависитъ согласіе на бракъ опекаемыхъ (т. X ч. 1 ст. 6), опекуну, какъ и родителю, предоставляется отыскивать законное удовлетвореніе за личную обиду, малолѣтнему нанесенную (т. X ч. 1 ст. 265). Едва ли ихъ можно лишить права употреблять домашнія исправительныя мѣры, необходимыя въ интересѣ воспитанія, однако безъ права заключенія въ тюрьму за неповиновеніе. Законъ не распространяетъ на опекуновъ силу правила, по которому отъ дѣтей не принимаются жалобы на родителей въ личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ, хотя это можетъ оказаться въ противорѣчіи съ правами опекуновъ по воспитанію. Опекунъ обязанъ приготовить малолѣтняго къ жизни, сообразной его состоянію, слѣдовательно, доставлять ему воспитаніе, соотвѣтствующее образу жизни и общественному положенію той семьи, къ которой принадлежали родители. Что касается содержанія подопечнаго, то оно должно производиться не за счетъ опекуна, а изъ средствъ малолѣтняго или сумасшедшаго. Опекуны, взявшіе на себя обязанность попеченія надъ сумасшедшимъ, отвѣчаютъ за недостаточный надзоръ, имѣвшій своимъ послѣдствіемъ причиненіе сумасшедшимъ вреда (т. X, ч. 1, ст. 654). Опекуны, назначенные завѣщаніемъ или опекунскимъ установленіемъ только къ имуществу, при жизни отца или матери никакихъ правъ личной власти имѣть не могутъ.

2. *Управленіе имуществомъ* опекаемыхъ распространяется не только на имущество, принадлежавшее имъ въ моментъ

учрежденія опеки, но и дошедшее къ нимъ впослѣдствіи. Правила, установленныя для опекунскаго управленія надъ имуществомъ малолѣтнихъ, распространяются и на опеку надъ глухонѣмыми и нѣмыми (т. X ч. 1 ст. 381), надъ безумными и сумасшедшими (т. X ч. 1 ст. 377). Они должны быть распространены и на всѣ другіе случаи имущественной опеки, хотя бы въ законѣ это не было указано. При вступленіи въ свои обязанности опекунъ долженъ прежде всего принять имущество. Все движимое и недвижимое имущество малолѣтняго опекунъ принимаетъ въ смотрѣніе свое и вѣдомство по описи, составляемой имъ вмѣстѣ съ членомъ дворянской опеки или сиротскаго суда, по принадлежности, при двухъ постороннихъ свидѣтеляхъ (т. X ч. 1 ст. 266). Въ самомъ управленіи имуществомъ, которое за исключеніемъ указанныхъ въ законѣ случаевъ, должно быть направлено не столько на увеличеніе его цѣнности, сколько на сохраненіе доставшейся, различаются дѣйствія возможныя для опекуна по собственному усмотрѣнію, возможныя съ разрѣшенія опекунскихъ установленій и, наконецъ, возможныя съ разрѣшенія Сената.

а. Кругъ дѣйствій, которыя можетъ предпринять самъ опекунъ, является въ нашемъ законодательствѣ весьма обширнымъ. Въ видѣ общаго правила, слѣдуетъ даже признать, вмѣстѣ съ Сенатомъ (кас. рѣш. 1887, № 84), что всякія сдѣлки опекуна по управленію опекаемымъ имѣніемъ, для которыхъ законъ не требуетъ особаго разрѣшенія опекунскихъ установленій, могутъ быть заключаемы и безъ такого разрѣшенія, собственною властью. Драгоцѣнности и цѣнные документы опекунъ долженъ хранить въ безопасномъ мѣстѣ, но не обязанъ передавать въ опекунскія установленія. Деньги же онъ можетъ отдавать или въ частныя руки за проценты подъ залогъ или закладъ, или подъ векселя, или употреблять на торги, промыслы (т. X ч. 1 ст. 268), т.-е. вложить въ торговыя и промышленныя предпріятія, внося паи, или учреждая таковыя самостоятельно. Опекунъ можетъ продавать тлѣнныя вещи и драгоцѣнности, если послѣднія составляли товаръ того лица, отъ котораго дошли къ малолѣтнему (т. X ч. 1 ст. 277 пп. 1 и 2). Срокъ на отдачу опекуномъ въ арендное содержаніе имѣнія малолѣтнихъ ограничивается достиженіемъ ими 17-лѣтняго возраста (т. X ч. 1 ст. 1692 [1] п. 2), а недвижимости, надъ которою учреждена опека по другому основанію,—временемъ не свыше 12 лѣтъ (законъ 15 марта 1911 года). Недвижимое имѣніе малолѣтняго опекунъ содер-

жить или приводить въ такое состояніе, чтобы надлежащіе съ него доходы получались сполна и государственные сборы были выплачиваемы своевременно (т. X ч. 1 ст. 269). Расходы на содержаніе и воспитаніе должны сообразоваться съ доходами имущества и во всякомъ случаѣ не превышать ихъ (т. X ч. 1 ст. 273). Если имѣніе малолѣтняго отягощено долгами, то опекунъ долженъ стремиться по возможности къ очищенію его отъ долговъ (т. X ч. 1 ст. 275). Опекунъ выступаетъ въ качествѣ истца и отвѣтчика за малолѣтняго и сумасшедшаго, глухонѣмого во всѣхъ гражданскихъ дѣлахъ (т. X ч. 1 ст. 282, уст. гр. суд. ст. 19).

b. Нѣкоторыя дѣйствія могутъ быть предприняты опекунами только съ согласія опекунскихъ установленій—дворянской опеки или сиротскаго суда. Въ случаѣ задолженности состоящаго подъ опекою имѣнія, опекуны, съ разрѣшенія опекунскихъ установленій, если представятъ уважительныя доказательства о невозможности уплатить изъ доходовъ имѣнія проценты по лежащему на имѣніи долгу, могутъ выдавать новыя заемныя обязательства на сумму не свыше этихъ процентовъ (т. X ч. 1 ст. 275, прим.). Капиталы лицъ, состоящихъ подъ опекою, находящіеся въ Государственномъ Банкѣ, выдаются не иначе, какъ по требованію дворянской опеки или сиротскаго суда, притомъ только съ разрѣшенія губернатора (т. XI ч. 2, уст. кред., разд. IV ст. 68). Продажа всякаго имущества малолѣтнихъ, за исключеніемъ недвижимостей, совершается подъ наблюденіемъ опекунскихъ установленій (т. X ч. 1 ст. 277, п. 4).

c. Разрѣшеніе Сената (по судебному департаменту) требуется для продажи и залога недвижимостей. Во всѣхъ случаяхъ необходимости продажи или залога имѣнія опекаемыхъ опекунъ представляетъ надлежащему опекунскому установленію, которое доноситъ о томъ губернатору, а послѣдній вноситъ дѣло съ своимъ заключеніемъ въ Сенатъ (т. X ч. 1. ст. 277 п. 3 и ст. 280). Разрѣшеніе Сената на продажу недвижимости требуется лишь тогда, когда предполагается вольная продажа, но такого разрѣшенія не требуется на публичную продажу во исполненіе судебныхъ рѣшеній или вслѣдствіе просрочки платежей по залогу въ кредитныхъ установленіяхъ (кас. рѣш. 1875, № 701; 1878, № 184), хотя бы взысканіе обращено было не на опекаемыхъ, а на совершеннолѣтнихъ, состоящихъ въ нераздѣльномъ владѣніи съ первыми (contra кас. рѣш. 1881, № 15). Не требуется разрѣшенія и на вольную продажу такого имѣнія, относительно котораго сдѣлано завѣщательное распо-

ряженіе, чтобы имѣніе это было продано и вырученная сумма распредѣлена между сонаслѣдниками (кас. рѣш. 1874, № 214). По разъясненію Сената, опекунъ надъ имѣніемъ малолѣтняго не въ правѣ, безъ согласія опеки и разрѣшенія Сената, заключать договоры о продажѣ на срубъ лѣса, если по количеству предоставленнаго лѣса сдѣлка выходитъ за предѣлы хозяйственнаго извлеченія доходовъ (кас. рѣш. 1903, № 142). Но такъ какъ продажу лѣса на срубъ сама практика разсматриваетъ какъ сдѣлку о движимости, то взглядъ Сената не можетъ быть оправданъ текстомъ нашихъ законовъ.

Опекуны состоятъ въ непосредственной подчиненности тѣхъ опекунскихъ постановленій, которыя ихъ назначили (т. X ч. 1 ст. 259). Передъ дворянскою опекою или сиротскимъ судомъ опекуны обязываются *отчетностью*. Отчетъ, который представляется опекунами, двоякаго рода: годовой и общій по окончаніи опеки (т. X ч. 1 ст. 286). По прошествіи каждаго года, непремѣнно въ январѣ мѣсяцѣ, опекуны должны представить отчетъ о доходахъ, расходахъ, содержаніи и воспитаніи. Опекунскія установленія, разсматривая эти отчеты, могутъ дать другія указанія опекунамъ, если найдутъ, что воспитаніе и управленіе не вполнѣ отвѣчаютъ своей цѣли. Отчетность составляетъ необходимое условіе опекунской дѣятельности, а потому опекуны не могутъ быть освобождены отъ нея даже завѣщаніемъ. Общій отчетъ во Франціи и Германіи дается самому опекаемому по достиженіи имъ совершеннолѣтія. По смыслу нашихъ законовъ этотъ отчетъ представляется только опекунскому установленію, хотя, по мнѣнію Сената, вышедшій изъ-подъ опеки въ правѣ самъ провѣрить отчеты бывшаго своего опекуна и предъявить къ нему искъ, не выжидая результатовъ ревизіи со стороны опекунскаго установленія (кас. рѣш. 1871, № 312).

За свои дѣйствія опекуны несутъ имущественную *отвѣтственность*. Опекуны и попечители въ случаѣ нерадѣнія или умысла въ упущеніи правъ (интересовъ) лица, попеченію ихъ ввѣреннаго, отвѣчаютъ собственнымъ своимъ имуществомъ, въ размѣрѣ происшедшей черезъ то или могущей произойти для малолѣтняго потери (т. X ч. 1 ст. 290). Опекунское установленіе, усмотрѣвъ изъ представленнаго отчета убыточность дѣйствій опекуна, или предположивъ ее изъ факта уклоненія въ представленіи отчета, имѣетъ право смѣнить опекуна и поручить новому опекуну предъявить къ прежнему искъ объ убыткахъ, если таковые дѣйствительно окажутся (кас. рѣш. 1890, № 11).

Если опекуны принадлежащее малолѣтнему имущество отдадутъ лицу, сдѣлавшемуся впослѣдствіи несостоятельнымъ, то они отвѣтствуютъ малолѣтнему въ убыткахъ (т. X ч. 1 ст. 291). Положеніе это представляется въ такой безусловной формѣ чрезмѣрно строгимъ: слѣдуетъ полагать, что отвѣтственность можетъ имѣть мѣсто только въ томъ случаѣ, когда со стороны опекуна обнаружена была неосторожность въ выборѣ контрагента, лица ненадежнаго, дѣла котораго, какъ было всѣмъ извѣстно, разстроились. Малолѣтніе въ конкурсѣ пользуются тою привилегіею, что долги ихъ относятся къ первому разряду (уст. суд. торг. ст. 599, п. 4).

За труды свои опекуны получаютъ *вознагражденіе* въ видѣ 5% ежегодно изъ доходовъ малолѣтняго (т. X ч. 1 ст. 284). Въ этомъ отношеніи исполненіе опекунскихъ обязанностей у насъ носитъ нѣсколько иной характеръ, чѣмъ на Западѣ, гдѣ оно обыкновенно безвозмездно. Вознагражденіе опекунамъ назначается, очевидно, не изъ валоваго дохода, какъ полагалъ Побѣдоносцевъ, а изъ чистаго (общ. собр. 1 и кас. деп. 1888, № 10). Если опекуновъ нѣсколько, то не каждый изъ нихъ получаетъ 5%, а эта доля идетъ имъ всѣмъ вмѣстѣ для раздѣла.

VI. Прекращеніе опеки. Опека прекращается съ устраненіемъ тѣхъ обстоятельствъ, которыя вызвали потребность въ ней. 1) Опека прекращается со смертью опекаемаго. Если имущество послѣдняго переходитъ по наслѣдству также къ лицу недѣеспособному, то учреждается новая опека, а не продолжается прежняя. 2) Опека надъ малолѣтнимъ, съ достиженіемъ имъ 17-лѣтняго возраста, превращается въ попечительство, которое, съ достиженіемъ несовершеннолѣтнимъ 21 года, также прекращается. Опека и попечительство въ этихъ случаяхъ не нуждаются въ особыхъ опредѣленіяхъ или указахъ опекунскихъ установленій, а обусловливаются исключительно срокомъ. 3) Опека надъ сумасшедшими и расточителями прекращается, когда эти лица въ установленномъ порядкѣ будутъ признаны выздоровѣвшими или совершенно исправившимися (т. X ч. 1 ст. 378, уст. пред. прест. ст. 150, прил. I ст. 6). 4) Опека надъ глухонѣмыми и нѣмыми, установленная по достиженіи ими 21 года, прекращается только со смертью ихъ. 5) Опека надъ имуществомъ безвѣстно-отсутствующихъ прекращается съ возвращеніемъ ихъ или со вступленіемъ наслѣдниковъ во владѣніе (уст. гр. суд. ст. 1455). Отъ вступленія наслѣдниковъ въ свои права зависитъ также снятіе опеки, наложенной во время процесса или исполненія рѣшенія.

ОТДѢЛЪ V.

Наслѣдственное право.

§ 66.

Общее понятіе о наслѣдованіи.

Литература: Демченко, *Существо наслѣдства и призванія къ наслѣдованію по русскому праву*, 1877; Никольскій, *Объ основныхъ моментахъ наслѣдованія*, 1871; Никольскій, *О началахъ наслѣдованія по древнему русскому праву*, 1859; И. Бѣляевъ, *О наслѣдствѣ безъ завѣщанія*, 1858; Кавелинъ, *Взглядъ на историческое развитіе русскаго порядка законнаго наслѣдованія* („Совр." 1860, № 2); Цитовичъ, *Исходные моменты въ исторіи русскаго права наслѣдованія*, 1870; Рождественскій, *Историческое изложеніе русскаго законодательства о наслѣдствѣ*, 1839; Рудневъ, *О духовныхъ завѣщаніяхъ по русскому гражданскому праву въ историческомъ его развитіи*, 1895; Бѣляевъ, *Анализъ нѣкоторыхъ пунктовъ древне русскаго завѣщанія* („Чт. въ Имп. Общ. Ист. и Древн. Россіи", 1897, кн. 11); Бѣляевъ, *Первичныя формы завѣщательнаго распоряженія и значенія душеприказчиковъ въ древнемъ русскомъ правѣ* („Ж. М. Ю.", 1901, №№ 6 и 7).

I. Сущность наслѣдованія. Совокупность юридическихъ отношеній, въ которыя поставило себя лицо, со смертью его, не прекращается, но переходитъ на новое лицо. Конечно, тѣ отношенія, которыя обусловливались личными качествами, съ исчезновеніемъ личности должны прекратиться сами собою. Это—отношенія семейныя, личныя, даже нѣкоторыя имущественныя, если права и обязанности, изъ нихъ вытекающія, находились въ тѣсной зависимости отъ личности, были неразрывно связаны съ извѣстнымъ лицомъ, напр., права и обязанности содержанія, личные сервитуты, личные договоры. За исключеніемъ этихъ, сравнительно немногочисленныхъ отношеній, всѣ прочія сохраняютъ свою юридическую силу. Новое

лицо замѣняетъ прежнее и занимаетъ въ его юридическихъ отношеніяхъ активное или пассивное положеніе, смотря по тому, какое мѣсто занималъ умершій. Оно является субъектомъ правъ собственности, сервитутовъ, залога, правъ требованія; на него падаютъ обязанности по всѣмъ долгамъ умершаго.

Существуетъ, однако, взглядъ, особенно распространенный въ германской литературѣ, что наслѣдство есть совокупность только правъ, оставшихся послѣ умершаго, а отвѣтственность по обязательствамъ основывается на особомъ законѣ (Киппъ, Дернбургъ). Очевидно, такое пониманіе наслѣдства находится въ связи съ указаннымъ выше представленіемъ объ имуществѣ. Но такой взглядъ нельзя признать вѣрнымъ ни съ теоретической, ни съ законодательной стороны. Возможно, что послѣ умершаго остались только долги,—и все же это будетъ наслѣдство. На наслѣдника вмѣстѣ съ правами должны перейти и связанныя съ ними обязанности, независимо отъ отвѣтственности,—при двусторонніхъ договорахъ, какъ купля-продажа. Взглядъ на наслѣдство, какъ совокупность только правъ, противорѣчитъ германскому законодательству, которое постановляетъ, что со смертью лица его имущество (наслѣдство), какъ цѣлое, переходитъ къ наслѣдникамъ (§ 1922), и еще болѣе русскому законодательству, въ которомъ прямо опредѣляется, что наслѣдство по закону есть совокупность имуществъ, правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго (т. X ч. 1 ст. 1104).

Всѣ отношенія прежняго субъекта переходятъ на новое лицо не въ отдѣльности, а какъ нѣчто цѣльное, единое. Наслѣдованіе представляетъ собою общее преемство. Оно является одновременнымъ переходомъ всего комплекса, а не только суммы юридическихъ отношеній. Даже переходъ съ одного лица на другое совокупности отношеній, въ которыхъ состояло первое, хотя и объединенныхъ единствомъ цѣли, но все же не исчерпывающихъ всей массы отношеній, въ которыхъ оно находилось, напр., при отчужденіи предпріятія,—не будетъ наслѣдованіемъ. Поэтому, если мѣсто умершаго занимаетъ не одно, а нѣсколько лицъ, то каждое изъ нихъ вступаетъ въ каждое отношеніе, только въ извѣстной долѣ его имущественной цѣнности. Тѣмъ не менѣе, хотя новый субъектъ пользуется правами, принадлежавшими умершему, и несетъ лежавшія на немъ обязанности, нельзя говорить, будто «наслѣдники представляютъ лицо наслѣдодателя, составляютъ продолженіе его личности» (кас. рѣш. 1889, № 83), потому что именно

все то, что́ наиболѣе характеризовало съ юридической стороны личность умершаго, прекратилось съ его смертью.

Переходъ совокупности имущественныхъ отношеній лица за смертью его къ другимъ лицамъ называется *наслѣдованіемъ*. Иначе подъ этимъ именемъ понимается замѣна одного субъекта имущества, за смертью его, другимъ. Имущество, оставленное умершимъ и переходящее къ новому субъекту, носитъ названіе *наслѣдства*. Слѣдовательно, подъ этимъ именемъ понимается совокупность юридическихъ отношеній извѣстнаго лица въ моментъ его смерти. Умершій субъектъ имущества, переходящаго къ другимъ лицамъ, называется *наслѣдодателемъ*. Лицо, вступающее непосредственно въ совокупность или въ часть отношеній другого вслѣдствіе его смерти, является *наслѣдникомъ*. Подъ именемъ *наслѣдственнаго права въ субъективномъ смыслѣ*, или иначе права наслѣдованія, понимается право извѣстнаго лица на пріобрѣтеніе наслѣдства или на вступленіе въ совокупность юридическихъ отношеній умершаго лица. *Наслѣдственнымъ правомъ въ объективномъ смыслѣ* называются юридическія нормы, опредѣляющія переходъ имущества, оставшагося послѣ умершаго, къ другимъ лицамъ, и образующія въ своемъ объединеніи наслѣдственный институтъ.

Въ приведенныхъ опредѣленіяхъ имѣлась въ виду смерть, какъ юридическій фактъ наиболѣе частый, съ которымъ соединяется открытіе наслѣдства. Но на ряду съ нимъ стоятъ, какъ увидимъ, и другіе факты, которые, однако, въ виду своей сравнительной рѣдкости, въ опредѣленія не вводятся. Смерть есть то юридическое событіе, съ которымъ чаще всего связывается наслѣдованіе, и потому къ нему примѣняется терминологія наслѣдственнаго права. Но, кромѣ смерти, имѣются и другіе факты, имѣющіе своимъ послѣдствіемъ наслѣдованіе.

II. Основанія наслѣдованія. Основаніями, въ силу которыхъ происходитъ переходъ имущества отъ одного лица къ другому, могутъ быть: 1) завѣщаніе, 2) договоръ, 3) законъ. Въ первыхъ двухъ случаяхъ въ основаніи наслѣдованія лежитъ воля наслѣдодателя, въ послѣднемъ—постановленіе закона, который имѣетъ въ виду восполнить предполагаемую волю умершаго. Наслѣдственный договоръ состоитъ въ томъ, что двое или болѣе лицъ назначаютъ другъ друга наслѣдниками послѣ себя. Такой договоръ особенно часто заключается между супругами, но возможенъ и между посторонними лицами, напр., въ случаѣ когда одно лицо обязывается содержать другое до

его смерти подъ условіемъ составленія вторымъ завѣщанія въ пользу перваго, или когда молодой человѣкъ принимаетъ на себя веденіе хозяйства старика подъ условіемъ, что все или часть этого хозяйства будетъ ему завѣщана. Въ противоположность завѣщанію, въ которомъ выраженная воля наслѣдователя можетъ быть всегда измѣнена, наслѣдственный договоръ, связывая въ одномъ актѣ волю не менѣе двухъ лицъ, устраняетъ возможность ея измѣненія (герм. улож. § 1941 и 2290). Послѣднее обстоятельство французскій кодексъ, а за нимъ и русское законодательство считаютъ противорѣчащимъ свободѣ воли наслѣдователя, а потому два лица совокупно въ одномъ и томъ же актѣ не могутъ выражать своей послѣдней воли (франц. гражд. код. § 968, т. X ч. 1 ст. 1032), другими словами,— законъ не допускаетъ наслѣдственныхъ договоровъ (кас. рѣш. 1878, № 1372; 1907, № 8). Слѣдовательно, по нашему законодательству существуютъ только два основанія наслѣдованія— завѣщаніе и законъ.

Съ точки зрѣнія исторической наслѣдованіе по закону (по обычаю) предшествуетъ наслѣдованію по завѣщанію. При общности родового или семейнаго имущества, свобода распоряженія послѣднимъ со стороны кого бы то ни было изъ членовъ союза представляется невозможною. Имущество всегда остается въ родѣ или семьѣ. Первые признаки наслѣдованія выражаются въ переходѣ управленія имуществомъ, соединяемаго съ преемствомъ власти, къ лицу, которое опредѣляется не выборомъ прежняго главы, а обычнымъ порядкомъ. Завѣщательныя распоряженія появляются только тогда, когда ослабляются крѣпкія связи родового союза или патріархальной семьи. Германцы во время Тацита не знали завѣщаній. Если нѣкоторый зачатокъ завѣщательной идеи и былъ имъ извѣстенъ, то полнымъ развитіемъ своимъ завѣщательное право обязано вліянію церкви, которая поощряла оставленіе на поминъ души въ пользу церкви и бѣдныхъ. Разъ была допущена мысль о возможности распорядиться имуществомъ въ обходъ ближайшихъ родственниковъ, то трудно было уже поставить границы усмотрѣнію собственника въ назначеніи себѣ преемниковъ.

Съ точки зрѣнія догматической, въ настоящее время наслѣдованіе по закону является восполненіемъ наслѣдованія по завѣщанію, вступая въ силу тогда и настолько, когда и насколько не успѣла выразиться воля наслѣдователя о судьбѣ оставленнаго имъ имущества. Догматическое соотношеніе между обоими

видами не измѣнится отъ признанія наслѣдованія по завѣщанію только допускаемой закономъ замѣною законнаго наслѣдованія, варіаціей на законную тему (Демченко).

III. Исторія наслѣдственнаго права въ Россіи. Исторія застаетъ славянъ въ періодъ переходный отъ родового быта къ государственному. Отсюда неустойчивость наслѣдственныхъ началъ, неопредѣленность характера наслѣдованія, колебаніе и борьба между исконнымъ славянскимъ порядкомъ и византійскими положеніями. Источники римскаго права несомнѣнно оказывали свое вліяніе въ виду того, что дѣла о наслѣдованіи, по тѣсной связи ихъ съ семьею, подлежали вѣдѣнію духовенства. Для древнѣйшаго періода мы имѣемъ указанія Русской Правды. Болѣе раннія указанія договоровъ съ греками, отражая въ себѣ иноземные взгляды, не могутъ служить выразителемъ чисто русскаго порядка наслѣдованія.

Наслѣдство въ Русской Правдѣ носитъ названіе «статка» или «задницы», т.-е. того, что оставляетъ позади себя отправляющійся въ другой міръ. Памятникъ, перечисляя вещи, переходящія къ наслѣдникамъ, упоминаетъ только движимости, домъ, дворъ, товаръ, рабовъ, скотъ. О земляхъ не говорится ни слова, потому что, не составляя въ то же время еще объекта права частной собственности, онѣ не могли переходить по наслѣдованію. Наслѣдованіе по завѣщанію не различается отъ наслѣдованія по закону или по обычаю. Въ завѣщаніи допускалось назначеніе наслѣдниками только тѣхъ лицъ, которыя и безъ того вступили бы въ обладаніе имуществомъ. Завѣщаніе, «рядъ», имѣетъ своею цѣлью не измѣненіе обычнаго порядка, а лишь распредѣлѐніе имущества между законными наслѣдниками и наказъ объ управленіи. Согласно тому завѣщанія выражаются въ словесной формѣ—«ежели безъ языка умретъ».

Если кто умретъ безъ ряду, то ему наслѣдуютъ члены семьи и только они. Русская Правда говоритъ лишь о наслѣдованіи послѣ родителей. Послѣ отца наслѣдуютъ дѣти отъ жены, но не отъ рабынь. Изъ дѣтей сыновья исключаютъ дочерей, которыя вступаютъ въ наслѣдство только за отсутствіемъ первыхъ, хотя при наслѣдованіи послѣ смерда дочери, даже при отсутствіи братьевъ, отстранялись въ пользу князя. Въ объясненіе этого явленія приводятъ характеръ первобытной семьи, ея непрерывность, а, съ другой стороны, непостоянство, непрочность связи женщинъ съ семьею, въ которой онѣ роди-

лись. Дочери до замужества остаются въ домѣ, а братья обязаны снабдить ихъ приданымъ «како си могутъ». Наслѣдство раздѣляется между дѣтьми поровну безъ преимуществъ старшинства. Напротивъ, младшій пользовался тою привилегіею, что въ его долю всегда входилъ домъ со дворомъ. Эта привилегія объясняется вѣроятно тѣмъ, что старшіе братья ко времени открытія наслѣдства успѣвали уже обзавестись собственнымъ хозяйствомъ. Явленіе это не исключительно русское. «Этотъ обычай наслѣдованія представляется разумнымъ для поселенцевъ въ новой странѣ, гдѣ есть еще достаточно земли, которую стоитъ только занять, и гдѣ сыновья, выростая и женясь, выселяются и основываютъ свои собственныя усадьбы. Но самый младшій остается дома и несетъ заботы о старыхъ отцѣ и матери. Онъ есть хранитель очага, какъ говорятъ монголы, и по смерти стариковъ является естественнымъ наслѣдникомъ семейнаго дома» (Тайлоръ).

Изъ наслѣдственной массы часть выдѣлялась на церковь «по душѣ», а часть выдавалась женѣ, если въ семьѣ происходилъ раздѣлъ. Мужъ не имѣлъ права наслѣдованія послѣ жены. Въ случаѣ, если у умершаго не оставалось ни сыновей, ни дочерей, имущество шло къ князю, а послѣ смерти лицъ низшаго класса, смердовъ, князь имѣлъ право на имущество даже при существованіи дочерей, если не было сыновей. Послѣ матери наслѣдуютъ тѣ дѣти, у которыхъ она проживала. Это объясняется тѣмъ, что оставляемая ей часть изъ имущества мужа была слишкомъ незначительна, чтобы обезпечить ея существованіе, а потому сынъ или дочь, взявшіе на себя содержаніе матери, въ видѣ вознагражденія, получали оставшееся послѣ нея имущество.

Такимъ образомъ наслѣдованіе ограничивается тѣснымъ кругомъ семьи,—боковые родственники не имѣютъ никакихъ правъ на наслѣдство. Этотъ принципъ постепенно измѣняется въ противоположную сторону, и въ расширеніи круга родственниковъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, состоитъ сущность историческаго развитія русскаго наслѣдственнаго права. Этотъ процессъ происходитъ параллельно съ ростомъ индивидуализма и постепеннымъ ослабленіемъ связи между членами родственнаго союза.

Псковская Судная Грамота различаетъ наслѣдство, оставленное по завѣщанію, «приказное», и наслѣдство, переходящее безъ завѣщанія, «отморшина». Прежнее отношеніе между

обоими основаніями нарушается, каждое получаетъ самостоятельное значеніе. Существуетъ нѣкоторая разница въ правахъ и отвѣтственности тѣхъ и другихъ наслѣдниковъ. Завѣщаніе, называемое «рукописаніемъ» или «порядной», составляется въ письменной формѣ. Кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію по закону, расширяется включеніемъ въ него боковыхъ родственниковъ, а именно братьевъ, сестеръ и «ближнее племя», подъ которыми слѣдуетъ понимать, по мнѣнію Владимірскаго-Буданова, племянниковъ. Наслѣдственныя права признаются не только за женою послѣ мужа, но и обратно, притомъ не на часть только, а на пользованіе всѣмъ имуществомъ. Грамота призываетъ къ наслѣдованію и восходящихъ родственниковъ, отца и мать.

Въ Московскій періодъ недвижимости пріобрѣтаютъ главное значеніе. Соотвѣтственно тому вниманіе законодателя въ вопросѣ о наслѣдованіи сосредоточивается именно на этомъ предметѣ. Съ новымъ вліяніемъ византійскихъ преданій въ XV столѣтіи проникаютъ римскія начала наслѣдованія, которыя переплетаются съ помѣстными отношеніями. Различные виды вотчинъ обусловливали и различный порядокъ наслѣдованія въ нихъ, такъ, напр., по закону 1627 года опредѣлено относительно женъ: «а до вотчинъ имъ дѣла нѣтъ, опричь купленныхъ вотчинъ». Помѣстья давались подъ условіемъ службы, а потому переходъ ихъ стоялъ въ зависимости отъ способности къ военной службѣ. Однако, судьба оставшихся безъ средствъ существованія жены и дочерей умершаго помѣщика не могла не интересовать законодателя. Сначала обязанность содержанія семьи возлагалась на того, къ кому переходило помѣстье. Неудобство такого порядка привело къ мысли о необходимости выдѣлить женѣ и дочерямъ часть помѣстья «на прожитокъ», т.-е. обезпечить ихъ пенсіей. Въ XVI столѣтіи размѣръ этой части опредѣлялся въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, но въ XVII столѣтіи устанавливается общая норма. Эта доля равнялась 10, 15, или 20 четвертямъ со ста, смотря по тому, умеръ ли мужъ просто на службѣ или въ походѣ или въ бою. Впослѣдствіи (указъ 17 марта 1731) принята была, въ видѣ общаго правила, средняя цифра $^{15}/_{100}$, которая составила приблизительно $^{1}/_{7}$ часть (Улож. Алексѣя Михайловича, гл. XVI, стт. 30—32). Эта доля распространилась и на вотчины по мѣрѣ сліянія ихъ съ помѣстьями. Относительно движимости въ XVII вѣкѣ установлена была, на основаніи византійскихъ

источниковъ, $^1/_4$ доля въ пользу жены. Дочерямъ предоставлена была въ движимости и недвижимости часть вдвое меньше, «противъ матерей въ полы», т.-е. $^1/_8$ и $^1/_{16}$.

Кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію по закону, въ началѣ этого періода продолжалъ оставаться въ прежнемъ объемѣ. Судебники не измѣняютъ прежнихъ постановленій. Но въ 1650 году издается указъ, въ силу котораго «а буде ближе того рода никто не будетъ, отдавать и дальнимъ того рода родственникамъ». Такое постепенное расширеніе круга лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, находится въ видимомъ противорѣчіи съ развитіемъ индивидуализма. Съуженіе семьи должно бы было все болѣе отстранять дальнихъ родственниковъ отъ участія въ наслѣдствѣ. Если же замѣчается, какъ у насъ, такъ и на Западѣ, обратное, то это объясняется дѣйствіемъ новыхъ причинъ. Дѣло въ томъ, что вопросъ о наслѣдованіи и опредѣленіе круга наслѣдующихъ лицъ разрѣшались не съ точки зрѣнія частно-правовой, а со стороны политической. Государство было заинтересовано въ томъ, чтобы наслѣдство, въ видѣ помѣстья, связанное со службою, находило себѣ по возможности скорѣе преемника. Расширеніе круга наслѣдниковъ на почвѣ родственнаго союза обезпечивало этотъ интересъ государства. Съ теченіемъ времени утратилась политическая основа наслѣдственнаго преемства и сохранились только частныя права тамъ, гдѣ нѣкогда были общественныя обязанности.

Въ самомъ началѣ императорскаго періода мы видимъ попытку совершенно перестроить весь наслѣдственный порядокъ. Прельщенный примѣромъ Запада, особенно Англіи, Петръ I указомъ о единонаслѣдіи 1714 года установилъ переходъ всего имущества къ одному сыну. Раздѣлъ наслѣдства представлялся въ глазахъ императора чрезвычайно вреднымъ: раздробленіе имѣній уменьшаетъ ихъ экономическую цѣнность и отягощаетъ крестьянъ, а вслѣдствіе того страдаетъ правильное поступленіе податей, знатныя фамиліи бѣднѣютъ и теряютъ свое значеніе, а наслѣдники уклоняются отъ государственной службы. Сливъ вотчины и помѣстья въ одно понятіе недвижимыхъ имуществъ, Петръ I установилъ необходимое единонаслѣдіе. Если наслѣдодатель не назначалъ самъ наслѣдника изъ своихъ сыновей, то имущество переходило къ старшему изъ нихъ. Такимъ образомъ завѣщательное право, успѣвшее значительно развиться, возвратилось къ исходному пункту,—свобода завѣщателя состояла только въ выборѣ члена семьи: завѣщанія въ пользу

постороннихъ лицъ не допускались. Однако, законъ о единонаслѣдіи встрѣтилъ сильное противодѣйствіе въ обществѣ, потому что затронулъ и стремился измѣнить самые близкіе ему интересы. «Понеже отцы, естественно сожалѣя своихъ дѣтей, всѣми образы тщились, несмотря ни на какіе свои убытки и раззоренія, дѣлить дѣтей своихъ всѣхъ по равнымъ частямъ и крѣпили имъ то продажами и закладами чрезъ разныя руки, а которые того при себѣ учинить не могли, то другіе разные способы къ тому искали и подвергали дѣтей своихъ подъ великія клятвы, чтобы оставшее послѣ ихъ имѣніе, по смерти ихъ равно между собою дѣлили, и тѣмъ, какъ между дѣтьми, такъ и между родственники, не точію ненависти и ссоры произошли, но нѣкоторые, отважа себя, и до смерти побивали». Таковы офиціальные мотивы, по которымъ Анна Іоанновна въ 1731 году отмѣнила законъ о единонаслѣдіи. Насколько они соотвѣтствовали дѣйствительности, трудно сказать; Побѣдоносцевъ высказываетъ предположеніе, что отмѣна петровской системы наслѣдованія могла быть вызвана политическимъ побужденіемъ—предупредить усиленіе знатныхъ родовъ, которое могло произойти отъ единонаслѣдія.

Накопившіяся въ теченіе продолжительнаго періода правила о наслѣдованіи были подвергнуты въ Сводѣ Законовъ систематизаціи. Съ того времени постановленія по этому предмету весьма мало измѣнились. Завѣщательное право, оставшееся въ совершенно неопредѣленномъ состояніи вслѣдствіе недостатка законовъ, подверглось нормированію со стороны закона 1831 г., конечно, въ духѣ французскаго права.

§ 67.

Открытіе наслѣдства и мѣры охраненія его.

Литература: Гордонъ, *Открытіе наслѣдства и принятіе и отреченіе отъ него* („Суд. В.“, 1870, №№ 54, 55, 59, 60, 65 и 68); Закревскій, *Объ охраненіи наслѣдства на Западѣ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1873, № 6; 1874, №№ 1 и 2); Закревскій, *Объ охраненіи наслѣдниковъ и о практикѣ С.-Петербургскихъ мировыхъ судей въ дѣлахъ охранительныхъ* („Ж. Гр. и Торг. Пр.“, 1872, № 5); Герардъ, *Объ охраненіи наслѣдствъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1875, № 5); Коварскій, *Къ вопросу о необходимости вызова наслѣдниковъ въ случаяхъ, указанныхъ въ 1 и 2 п. ст. 1239 т. XI ч. 1.* („Право“, 1911, № 45).

I. Открытіе наслѣдства. Подъ открытіемъ наслѣдства понимается наступленіе одного изъ такихъ юридическихъ фак-

товъ, съ которыми соединяется по закону прекращеніе для извѣстнаго лица всѣхъ юридическихъ отношеній, связывавшихъ его съ другими лицами до этого момента. *Факты, открывающіе наслѣдство*, по нашему законодательству слѣдующіе: 1) смерть, 2) лишеніе всѣхъ правъ состоянія, 3) постриженіе въ монашество, 4) безвѣстное отсутствіе. Хотя законъ (т. X ч. 1 ст. 1222) говоритъ, будто наслѣдство открывается только естественною смертью и лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія но тотчасъ же (ст. 1223) указываетъ на открытіе наслѣдства послѣ постригшагося въ монашество, если онъ при жизни не распорядился своимъ имуществомъ (кас. рѣш. 1897, № 24). Отсюда обнаруживается, что опредѣленіе закона объ открытіи наслѣдства не отличается точностью, а потому мы можемъ еще болѣе его расширить, присоединивъ случай безвѣстнаго отсутствія, когда наступаютъ всѣ послѣдствія открывшагося наслѣдства. Хотя законъ и не упоминаетъ объ этомъ случаѣ открытія наслѣдства, но признаетъ возможность утраты безвѣстно отсутствующимъ права на возвращеніе ему имущества (законъ 15 марта 1911 года, ср. кас. рѣш. 1892, № 97). Открытіе наслѣдства возбуждаетъ два важныхъ вопроса—о моментѣ, въ который, и о мѣстѣ, въ которомъ открывается наслѣдство.

Моментъ открытія наслѣдства имѣетъ весьма важное значеніе. а) Этимъ моментомъ опредѣляются тѣ лица, которыя выступятъ наслѣдниками. До этого времени была только надежда, которая могла и не осуществиться вслѣдствіе измѣнившихся обстоятельствъ. Въ этотъ именно моментъ пріобрѣтается наслѣдственное право, которое уже затѣмъ можетъ переходить къ наслѣдникамъ наслѣдниковъ, какъ всякое другое имущественное право. b) Наслѣдственная правоспособность, т.-е. способность со стороны наслѣдника принять наслѣдство, обусловливается моментомъ открытія наслѣдства т.-е. возникновенія наслѣдственнаго права. Лицо, назначенное въ завѣщаніи наслѣдникомъ, могло быть правоспособно во время составленія завѣщанія и лишиться правоспособности къ открытію наслѣдства, напр., постригшись въ монахи. с) Моментъ открытія наслѣдства является исходнымъ пунктомъ для теченія давности, если оно остается продолжительное время непринятымъ. впрочемъ, насколько законодатель не устанавливаетъ для того особаго момента.

При такомъ практическомъ значеніи момента открытія наслѣдства представляется весьма важнымъ опредѣленіе его на-

ступленія. Послѣ умершаго наслѣдство открывается въ день его смерти, удостовѣренный метрическими книгами. Послѣ лишеннаго всѣхъ правъ состоянія наслѣдство открывается въ день обращенія окончательнаго приговора къ исполненію (улож. наказ. ст. 28) или въ моментъ вступленія судебнаго приговора въ силу (уст. угол. суд. ст. 957). Для монашествующихъ такимъ моментомъ является день постриженія въ монашество (т. X ч. 1 ст. 1223). Наиболѣе труднымъ представляется опредѣленіе момента открытія наслѣдства послѣ безвѣстно-отсутствующаго, въ виду неясныхъ постановленій нашего закона. Какъ мы уже видѣли, по истеченіи 5 лѣтъ со времени первой публикаціи оставшееся безъ хозяина имущество передается его наслѣдникамъ. Однако, въ этомъ нельзя еще видѣть открытія наслѣдства, такъ какъ объявившійся собственникъ можетъ требовать возвращенія имущества. Право на поворотъ утрачивается совершенно съ истеченіемъ 10 лѣтъ со времени публикаціи (т. X ч. 1 ст. 1244, уст. гр. суд. ст. 1459) и въ этотъ-то моментъ слѣдуетъ признать наслѣдство открывшимся. Имущество, бывшее во владѣніи и управленіи наслѣдниковъ, насколько ихъ права обнаружились въ моментъ постановленія суда о передачѣ имъ имущества, сохраняется за ними или переходитъ къ другимъ, смотря по тому, измѣнились ли къ этому времени обстоятельства, обусловливающія призваніе наслѣдниковъ.

Не лишено практическаго значенія и *мѣсто открытія наслѣдства.* Кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, весьма обширенъ. Право на наслѣдство имѣютъ члены родственнаго союза, весьма далекіе по крови и нравственной связи съ наслѣдодателемъ. Весьма часто наслѣдники имѣютъ мѣсто жительства, отличное отъ того, которое имѣлъ наслѣдодатель, нерѣдко они являются подданными другого государства. Поэтому представляется весьма важнымъ установленіе того мѣста, гдѣ возникаетъ наслѣдственное право, потому что условія его пріобрѣтенія опредѣляются различно по законамъ различныхъ мѣстностей и государствъ. Это мѣсто имѣетъ важное значеніе и со стороны подсудности. Иски о наслѣдствѣ, споры наслѣдниковъ какъ между собою, такъ и противъ подлинности и дѣйствительности завѣщаній и иски о раздѣлѣ предъявляются суду, въ вѣдомствѣ котораго открылось наслѣдство. Тому же суду предъявляются иски къ лицу умершаго собственника (уст. гр. суд. ст. 215).

Наше законодательство не содержитъ никакихъ прямыхъ указаній по разсматриваемому вопросу и даже не даетъ матеріала для толкованія. Поэтому остается опредѣлить мѣсто открытія наслѣдства теоретическимъ путемъ. Такимъ мѣстомъ слѣдуетъ признать мѣсто послѣдняго постояннаго жительства наслѣдодателя. Здѣсь находится его имущественный центръ, здѣсь сосредоточивалась его юридическая дѣятельность, здѣсь была его подсудность и, слѣдовательно, въ этомъ именно мѣстѣ выбываетъ онъ изъ міра юридическихъ отношеній, какъ правовой субъектъ. Слѣдовательно, мѣсто открытія наслѣдства имѣетъ опредѣленное и устойчивое понятіе. Въ большинствѣ случаевъ юридическіе факты, открывающіе наслѣдство, наступаютъ въ этомъ мѣстѣ. Но если бы они случайно произошли въ другомъ мѣстѣ, то такія обстоятельства не могутъ имѣть вліянія на измѣненіе мѣста открытія наслѣдства. Напр., смерть застаетъ лицо неожиданно въ дорогѣ, въ городѣ, въ которомъ оно остановилось проѣздомъ; лицо совершило преступленіе и было осуждено въ мѣстѣ, отдаленномъ отъ мѣста его постояннаго нахожденія. Встрѣчающееся на Западѣ опредѣленіе мѣста открытія наслѣдства мѣстомъ нахожденія недвижимости не находитъ опоры въ нашемъ законѣ и представляется теоретически излишнимъ, производя искусственное раздвоеніе.

II. Мѣры охраненія. Съ момента открытія наслѣдства до принятія его наслѣдникомъ, имущество, составляющее наслѣдственную массу, находится въ неопредѣленномъ положеніи, такъ какъ не имѣетъ хозяина. Прежній субъектъ отношеній выбылъ, а новый еще не вступилъ. Наслѣдственная масса становится сама субъектомъ входящихъ въ нее правъ и обязанностей и представляетъ собою юридическое лицо. Къ этой массѣ предъявляются всѣ иски, которые могли бы быть предъявлены къ наслѣдодателю, если бы не смерть его. Само собою разумѣется, что наслѣдственная масса можетъ выступить на судѣ не иначе, какъ въ лицѣ представителя. Поэтому для предъявленія иска къ наслѣдственной массѣ истецъ долженъ предварительно просить о назначеніи опеки, если таковая еще не учреждена.

Но, и помимо настоящаго случая, наслѣдственная масса требуетъ непремѣнно принятія охранительныхъ мѣръ, которыми былъ бы удостовѣренъ составъ имущества и предупреждено возможное расхищеніе и укрываніе отдѣльныхъ его частей. Такія охранительныя мѣры имѣютъ въ виду предупредить воз-

можность укрыванія части оставшагося имущества со стороны находящихся налицо наслѣдниковъ въ ущербъ отсутствующимъ (т. X ч. 1 ст. 1224), а также со стороны наслѣдниковъ вообще въ ущербъ кредиторамъ наслѣдодателя, возможность расхищенія имущества со стороны совершенно постороннихъ лицъ, наконецъ, возможность сокрытія наслѣдниками цѣнностей, во избѣжаніе платежа налога съ наслѣдства. Изъ цѣли охранительныхъ мѣръ обнаруживается, что онѣ должны заключаться только въ сохраненіи неприкосновенности имущества, но не въ управленіи имъ.

Принятіе мѣръ охраненія наслѣдственной массы въ случаѣ смерти возлагается у насъ въ городахъ на мировыхъ или городскихъ судей (уст. гр. суд. ст. 1403), а въ уѣздахъ на земскихъ начальниковъ и уѣздныхъ членовъ окружнаго суда (т. XVI прав. о произв. суд. дѣлъ ст. 161). На тѣхъ же органахъ власти должны лежать охранительныя мѣры въ случаѣ открытія наслѣдства постригшагося въ монашество. Порядокъ перехода къ наслѣдникамъ имущества, которое осталось послѣ безвѣстно-отсутствующаго, исключаетъ необходимость принятія мѣръ охраненія. Охранительныя мѣры на случай открытія наслѣдства послѣ лица, лишеннаго всѣхъ правъ состоянія, должны быть принимаемы на общихъ основаніяхъ. Мѣры охраненія представляются излишними, если тотчасъ послѣ смерти объявляется несостоятельность, такъ какъ конкурсъ имѣетъ, между прочимъ, своею задачею и охраненіе имущества.

Всегда ли должны быть принимаемы охранительныя мѣры? Несомнѣнно, что вмѣшательство власти въ имущественныя отношенія семьи, можетъ быть, тогда, когда гробъ еще стоитъ въ залѣ, представляется нѣсколько щекотливымъ. Напоминаніе о матеріальныхъ интересахъ можетъ казаться нерѣдко грубымъ оскорбленіемъ нравственнаго чувства скорби убитой горемъ семьи. Однако, съ другой стороны, своевременно принятыя мѣры охраненія способны предупредить множество злоупотреблен й, сохранить въ пользу близкихъ покойному лицъ имущество, которое могло быть значительно уменьшено лицами, случайно присутствовавшими при кончинѣ. Наконецъ, нѣтъ никакого основанія приносить въ жертву нравственнымъ интересамъ и удобствамъ близкихъ родственниковъ матеріальные интересы кредиторовъ, которые въ правѣ требовать неприкосновенности имущества, которому они оказывали довѣріе при жизни его хозяина. Поэтому слѣдовало бы принимать охрани-

тельныя мѣры во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ открытія наслѣдства.

Наше законодательство смотритъ нѣсколько иначе на этотъ вопросъ, допуская иногда непринятіе мѣръ охраненія. Охраненіе наслѣдства имѣетъ мѣсто: a) когда при открытіи наслѣдства наслѣдниковъ не будетъ и b) когда имущество послѣ умершаго должно по закону поступить въ опекунское управленіе, напр., если остались малолѣтніе (т. X ч. 1 ст. 1226). Значитъ, внѣ этихъ условій охранительныя мѣры могутъ быть и не принимаемы, т.-е. когда съ перваго взгляда не обнаруживается, что въ числѣ наслѣдниковъ будутъ малолѣтніе, и когда нѣкоторые изъ наслѣдниковъ будутъ налицо. Такимъ образомъ, законодатель нашъ въ охранительныхъ мѣрахъ видитъ обезпеченіе только интересовъ наслѣдниковъ, но не кредиторовъ умершаго. Если, однако, наслѣдство состоитъ изъ движимости, то мѣры охраненія должны быть приняты во всѣхъ случаяхъ, когда нѣкоторые изъ наслѣдниковъ будутъ въ отсутствіи или когда будетъ сомнѣніе въ томъ, всѣ ли они на лицо находятся (т. X ч. 1 ст. 1226 прим.). Подобное сомнѣніе будетъ почти всегда у представителя власти, какъ бы близко онъ ни былъ знакомъ съ семейнымъ положеніемъ умершаго, если умершій не оставилъ завѣщанія. Такое различіе между движимымъ и недвижимымъ имуществомъ объясняется легкостью укрыванія и обращенія перваго и неподвижностью второго. Кромѣ того, по закону, когда одинъ изъ супруговъ предоставляетъ другому супругу въ пожизненное владѣніе свое родовое имѣніе, то требуется составленіе описи, обнимающей какъ недвижимость, такъ и находящуюся въ ней движимость, насколько она составляетъ принадлежность первой (т. X ч. 1 ст. 533[1]). Итакъ, мѣры охраненія въ видѣ описи являются по закону 1) обязательными, a) когда имущество, оставшееся послѣ умершаго, заключается въ движимости, если нѣтъ увѣренности, что всѣ наслѣдники налицо; b) когда имущество, оставшееся послѣ умершаго, заключается въ недвижимости, если налицо нѣтъ никого изъ наслѣдниковъ; c) когда имущество, оставшееся послѣ умершаго, должно по закону поступить въ опекунское управленіе; d) когда имущество, оставшееся послѣ умершаго, должно поступить въ чье либо пользовладѣніе, и, наоборотъ, охранительныя мѣры должны быть признаны 2) излишними, a) когда имущество, оставшееся послѣ умершаго, заключается въ движимости и есть увѣренность, что всѣ наслѣдники налицо;

b) когда имущество, оставшееся послѣ умершаго, заключается въ недвижимости и налицо находятся хотя нѣкоторые изъ наслѣдниковъ. Если имущество состоитъ частью изъ недвижимости, частью изъ движимости, которая имѣетъ самостоятельное значеніе и не составляетъ только принадлежности первой, то мѣры охраненія должны быть приняты въ отношеніи только движимости.

Мировые или городскіе судьи и замѣняющія ихъ въ уѣздѣ власти приступаютъ къ принятію охранительныхъ мѣръ по просьбѣ частныхъ лицъ или по заявленію полиціи, или же по требованію прокурорскаго надзора, либо начальства умершаго (уст. гр. суд. ст. 1402). Не подлежитъ, однако, сомнѣнію, что принятіе мѣръ охраненія возможно для указанныхъ органовъ власти и по собственной иниціативѣ. Охранительное судопроизводство не исковое, и состязательное начало не имѣетъ въ немъ такой силы, какъ во второмъ процессѣ.

Охраненію подлежитъ только то имущество, которое находилось у наслѣдодателя при немъ и въ его постоянномъ мѣстѣ жительства, квартирѣ или имѣніи. Слѣдовательно, мѣры охраненія, съ одной стороны, распространяются и на чужія вещи, если онѣ случайно находятся въ составѣ имущества умершаго, а съ другой стороны — не касаются вещей, принадлежащихъ къ наслѣдственной массѣ, но находящихся случайно въ чужихъ рукахъ, а также правъ на открывшееся для наслѣдодателя наслѣдство (кас. рѣш. 1881, № 188). Третьи лица, вещи которыхъ подверглись дѣйствію охранительныхъ мѣръ, принуждены исковымъ порядкомъ требовать выдачи ихъ, если только они, присутствуя при составленіи описи, или позднѣе, не убѣдили судебнаго пристава въ несомнѣнной принадлежности имъ вещей, по той или другой причинѣ попавшихъ въ составъ имущества умершаго. Такимъ же путемъ опека и наслѣдники могутъ включить въ составъ наслѣдственной массы вещи, находящіяся у постороннихъ лицъ. Мировой судья или земскій начальникъ въ правѣ сдѣлать распоряженіе о выдачѣ изъ наличныхъ денежныхъ суммъ на покрытіе расходовъ по погребенію умершаго, произведенныхъ женою, дѣтьми или вообще близкими лицами, конечно, при условіи, что сумма оправдана какъ со стороны размѣра, такъ и со стороны дѣйствительности. Если наличныхъ денегъ въ оставшемся хозяйствѣ не оказалось, мировой судья или земскій начальникъ можетъ даже распорядиться истребованіемъ необходимой суммы изъ банка, гдѣ хранятся

деньги умершаго на текущемъ счету (кас. рѣш. 1894, № 49). Въ случаѣ смерти одного изъ супруговъ, охраненію можетъ быть подвергнуто только его имущество, а не вся движимость, находящаяся въ общей квартирѣ супруговъ (кас. рѣш. 1880, № 122), хотя предположеніе, заключающееся въ ст. 976 уст. гражд. суд., даетъ просторъ усмотрѣнію лица, принимающаго охранительныя мѣры, относительно разграниченія имущества того и другого супруга.

Мѣры охраненія открывшагося наслѣдства заключаются: a) въ описи и опечатаніи всѣхъ вещей, и b) въ сбереженіи ихъ (т. X ч. 1 стт. 1224 и 1225). Мировой или городской судья или земскій начальникъ, узнавъ объ открытіи наслѣдства, поручаютъ судебному приставу производство *описи* оставшагося имущества (уст. гр. суд. ст. 1403). Опись производится въ присутствіи свидѣтелей. Родственники умершаго и опекуны его наслѣдниковъ, если таковые были назначены, имѣютъ также право присутствовать при описи. Если лицо умерло въ пути, то при описи находящихся при немъ вещей должны присутствовать хозяинъ дома или тотъ, кто занимаетъ его мѣсто, лица, бывшія въ пути съ умершимъ, и не менѣе двухъ свидѣтелей. Въ случаѣ смерти на пароходѣ, капитанъ послѣдняго немедленно составляетъ актъ о смерти и опись имуществу умершаго; актъ и опись подписываются капитаномъ и служащими на пароходѣ и нѣсколькими пассажирами, находившимися при описи, а затѣмъ документы эти передаются мѣстной полиціи (т. X ч. 1 ст. 1231 и прим.).

Вслѣдъ за описью судебный приставъ опечатываетъ всѣ описанныя движимыя вещи или же передаетъ ихъ на *храненіе* родственникамъ или даже постороннимъ лицамъ, которыя имѣютъ право требовать за то вознагражденія, въ размѣрѣ, опредѣляемомъ каждый разъ судомъ (кас. рѣш. 1884, № 56). Хранитель наслѣдственнаго имущества не имѣетъ права ни пользоваться имъ самъ, ни отдавать его другимъ лицамъ, а обязанъ лишь сохранить его въ цѣлости. Поэтому онъ, какъ это признано Сенатомъ, не въ правѣ и предъявлять иски отъ имени наслѣдственной массы (кас. рѣш. 1909, № 87).

Къ мѣрамъ охраненія наслѣдства по мнѣнію нашего закона присоединяется такъ же *вызовъ наслѣдниковъ*, какъ мѣра, способствующая скорѣйшему переходу имущества къ наслѣдникамъ и обезпечивающая интересы наслѣдниковъ, хотя вызовъ наслѣдниковъ не есть мѣра охраненія наслѣдства, а мѣра уско-

ренія вступленія наслѣдниковъ въ свои права. Вызовъ наслѣдниковъ не связанъ съ описью и опечатаніемъ имущества. Хотя всѣ охранительныя мѣры должны быть принимаемы одновременно, но отсюда еще не слѣдуетъ, что, поручая судебному приставу описать имущество умершаго, мировой судья обязанъ безъ всякаго замедленія сдѣлать распоряженія и о вызовѣ наслѣдниковъ (кас. рѣш. 1875, № 78), потому что прежде всего надо убѣдиться въ необходимости вызова. При наличности нѣкоторыхъ условій, какъ мы видѣли, мировой судья можетъ признать излишнимъ составленіе описи и опечатанія, напр., когда наслѣдство состоитъ изъ недвижимости и нѣкоторые наслѣдники налицо, а вмѣстѣ съ тѣмъ представляется необходимость вызвать прочихъ наслѣдниковъ; и, наоборотъ, вызовъ наслѣдниковъ можетъ оказаться излишнимъ тамъ, гдѣ были предприняты опись и опечатаніе имущества. Необходимость вызова наслѣдниковъ обусловливается, очевидно, отсутствіемъ ихъ. Если не подлежитъ никакому сомнѣнію, что у умершаго нѣтъ иныхъ наслѣдниковъ, кромѣ находящихся налицо, то вызовъ представляется излишнимъ. Такая несомнѣнность имѣетъ мѣсто при оставленіи завѣщанія, которымъ наслѣдство вручается лицамъ, находившимся при кончинѣ или явившимся при принятіи охранительныхъ мѣръ. Таковъ же случай смерти безъ завѣщанія лица, имѣвшаго одного сына, къ которому должно перейти все имущество и который находится налицо. Внѣ этихъ случаевъ, если только существуетъ малѣйшее сомнѣніе въ наличности всѣхъ наслѣдниковъ, вызовъ послѣднихъ долженъ быть произведенъ (т. X ч. 1 ст. 1239). Вызовъ наслѣдниковъ чрезъ публикацію необходимъ въ томъ случаѣ, когда умершій оставилъ послѣ себя капиталъ, внесенный въ Государственный Банкъ (т. X ч. 1 ст. 1239 п. 2), и обойтись безъ вызова нельзя даже, если бы не было сомнѣній въ наличности всѣхъ наслѣдниковъ (кас. рѣш. 1892, № 46), но это требованіе не должно быть распространяемо на случаи, когда капиталъ внесенъ въ частныя кредитныя установленія и даже въ государственныя, если это не Государственный Банкъ, напр. въ сберегательныя кассы (кас. рѣш. 1911, № 24). Вызовъ наслѣдниковъ дѣлается по распоряженію мирового или городского судьи и уѣзднаго члена окружнаго суда (уст. гр. суд. ст. 1401), посредствомъ публикаціи въ вѣдомостяхъ. Если извѣстно мѣсто пребыванія отсутствующихъ наслѣдниковъ, то, сверхъ объявленія въ публичныхъ вѣдомостяхъ, они увѣдомляются объ открытіи на-

слѣдства черезъ мѣстную полицію (т. X ч. 1 ст. 1240). Вызовъ имѣетъ то значеніе, что по истеченіи 6 мѣсяцевъ отъ послѣдней публикаціи находившіеся налицо наслѣдники и явившіеся своевременно по вызову, по утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдованія, вступаютъ во владѣніе оставшимся наслѣдствомъ, тогда какъ не явившіеся во-время принуждены домогаться признанія своихъ наслѣдственныхъ правъ, въ случаѣ оспариванія со стороны остальныхъ,—исковымъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 1241). Если никто изъ наслѣдниковъ къ этому времени не явился, то надъ наслѣдственнымъ имуществомъ учреждается опека (т. X ч. 1 ст. 1164).

Кромѣ общихъ мѣръ охраненія, наше законодательство устанавливаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ особыя мѣры. Такъ, напр., для предупрежденія остановки торговаго предпріятія, которая можетъ наступить вслѣдствіе принятія охранительныхъ мѣръ, законъ даетъ правила, устраняющія возможность ущерба отъ прекращенія дѣлъ. Въ случаѣ смерти хозяина предпріятія, душеприказчикъ, старшій конторщикъ или довѣренный обязаны въ теченіе 3 дней объявить суду (коммерческому или окружному) о состояніи купеческихъ книгъ. Если онѣ будутъ признаны въ исправности, то судъ, не доводя до описи и опечатанія, предоставляетъ безостановочное продолженіе хода предпріятія подъ отвѣтственностью одного изъ указанныхъ лицъ. Когда же найдено будетъ, что оставшіяся книги въ безпорядкѣ, то все имущество подвергается описи и опечатанію (т. X ч. 1 ст. 1238 прил., ст. 13—20). Такъ же поступается и въ томъ случаѣ, когда умретъ одинъ изъ товарищей торговаго дома, только что обязанность объявленія суду возлагается на товарищей оставшихся въ живыхъ. Правила эти измѣняются, когда умершій купецъ велъ торговлю не однимъ собственнымъ капиталомъ, но «съ займомъ и кредитомъ отъ другихъ» (какое же предпріятіе ведется безъ кредита?). Въ этомъ случаѣ наслѣдники обязаны въ теченіе 3 дней призвать чина полиціи и при нихъ составить опись всѣмъ книгамъ, документамъ, наличнымъ деньгамъ и векселямъ (ст. 1238, прил., п. 7). Затѣмъ въ теченіе мѣсяца наслѣдники должны дать знать суду, принимаютъ ли они наслѣдство. Судъ дѣлаетъ вызовъ наслѣдниковъ, а предпріятіе оставляетъ въ рукахъ наслѣдниковъ; если же послѣдніе отрекутся, то распоряжается объ описи и опечатаніи имущества. Изъ торговыхъ предпріятій фабрики и мануфактурныя заведенія подлежатъ еще нѣкоторымъ особенно-

стямъ. Если всѣ наслѣдники на лицо и всѣ они право- и дѣеспособны, то предпріятіе отдается въ распоряженіе наслѣдниковъ безъ принятія охранительныхъ мѣръ, а если среди наслѣдниковъ имѣются ограниченные въ своей право- и дѣеспособности, то предпріятіе остается въ дѣйствіи подъ управленіемъ того лица, которое завѣдывало имъ при жизни наслѣдодателя (т. X ч. 1 ст. 1238).

§ 68.

Наслѣдованіе по завѣщанію.

Литература: Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. VI, стр. 8—260; Побѣдоносцовъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. III, ст. 445—664; Кавелинъ, *Очеркъ юридическихъ отношеній*, стр. 10—55; Муллловъ, *Завѣщаніе несовершеннолѣтнихъ* („Ж. М. Ю.“, 1862, № 19); Куницынъ, *Духовныя завѣщанія несовершеннолѣтнихъ* („Ж. М. Ю.“, 1864, № 3); Карновичъ, *Объ умственныхъ способностяхъ завѣщателя по русскимъ законамъ* („Ж. М. Ю.“, 1868, № 6); Легонинъ, *О духовныхъ завѣщаніяхъ, подвергаемыхъ сомнѣнію по причинѣ психическаго разстройства завѣщателя* („Юр. В.“, 1880, № 11); П. С., *О завѣщаніяхъ лицъ, лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія, и самоубійцъ* (Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1876, № 6); Азаревичъ, *Свобода и ограниченіе духовныхъ завѣщаній* („Ж. Гр. и Уг. Пр.“, 1889, № 3); Кистяковскій, *О самоубійствѣ и его послѣдствіяхъ по законамъ гражданскимъ и по уложенію о наказаніяхъ* („Кіев. Унив. Изв.“, 1879, № 11); Березницкій, *О духовныхъ завѣщаніяхъ самоубійцъ*; Моисеенко, *О субституціи въ завѣщаніи*, 1874; Любавскій, *О внѣшней формѣ завѣщаній* (Юридич. моногр. II); Рудневъ, *О духовныхъ завѣщаніяхъ по русскому гражданскому праву въ историческомъ развитіи*, 1879; Загоровскій, *Къ вопросу о законной наслѣдственной долѣ* (Ж. М. Ю.“, 1896, №№ 5 и 6); Исаченко, *Значеніе формъ домашняго духовнаго завѣщанія* („Ж. М. Ю.“, 1897, № 6); Быковскій, *Здравый умъ и твердая память, какъ условія дѣйствительности духовныхъ завѣщаній* („Ж. М. Ю.“, 1901, № 6); Бѣляевъ, *Историческія основы и юридическая природа современнаго русскаго завѣщанія* („Ж. М. Ю.“, 1903, №№ 5 и 6); Товстолѣсъ, *Свобода завѣщательной воли по русскому праву въ различные періоды его развитія* („Ж. М. Ю.“, 1902, № 8); Исаченко, *Завѣщательныя распоряженія условныя* (Право, 1911, № 1).

I. Понятіе о завѣщаніи. По опредѣленію русскаго законодательства, *завѣщаніемъ называется законное объявленіе воли владѣльца о его имуществѣ, на случай его смерти* (т. X ч. 1 ст. 1010). Въ этомъ опредѣленіи содержатся слѣдующіе признаки.

а. Завѣщаніе есть *объявленіе воли владѣльца*. Подъ именемъ «владѣльца» слѣдуетъ понимать не собственника только, а во-

обще субъекта правъ, объединенныхъ его личностью въ одно имущество. «Объявленіе воли» есть ни что иное, какъ волеизъявленіе. Эта воля должна быть выражена лично самимъ завѣщателемъ, и потому въ завѣщательномъ актѣ представительство недопустимо (т. X ч. 1 ст. 1036[1], распространительно и на домашнія завѣщанія). Въ завѣщаніи выражается воля одного только лица, а потому оно представляетъ собою одностороннюю сдѣлку. Сущность ея заключается въ предложеніи, обращенномъ къ опредѣленному лицу, вступить субъектомъ во всѣ юридическія отношенія, въ которыхъ состоялъ при жизни предлагающій. Въ своемъ конечномъ результатѣ завѣщаніе, какъ предложеніе, дополняется принятіемъ со стороны лица, къ которому оно обращено, т.-е. которое назначено въ немъ наслѣдникомъ. Само по себѣ завѣщаніе не производитъ никакого измѣненія въ юридическихъ отношеніяхъ. Поэтому слѣдуетъ признать невѣрнымъ утвержденіе, будто посредствомъ завѣщанія совершается переходъ къ наслѣднику принадлежащихъ завѣщателю правъ (кас. рѣш. 1878 № 138). Такой переходъ совершается только вслѣдствіе принятія предложенія, содержащагося въ завѣщаніи. Завѣщательное распоряженіе, отвергнутое намѣченнымъ наслѣдникомъ, теряетъ юридическое значеніе. Принятіе относится фиктивно къ моменту предложенія, т.-е. къ смерти наслѣдодателя, имущество передается принявшему наслѣднику въ томъ его составѣ, какой оно имѣло въ моментъ смерти. Какъ всякое предложеніе, не достигшее еще того лица, къ которому оно обращено, завѣщаніе можетъ быть во всякое время уничтожено или измѣнено завѣщателемъ. Слѣдуетъ остерегаться наименованія завѣщаній «послѣднею волею», потому что послѣ составленнаго завѣщанія наслѣдодатель можетъ сколько угодно разъ выражать свою волю какъ въ разныхъ договорахъ, такъ и въ новыхъ завѣщаніяхъ. Воля, выраженная въ завѣщаніи не только не послѣдняя, но и не окончательная, потому что завѣщаніе всегда можетъ быть отмѣнено или измѣнено, и даже надо признать недѣйствительнымъ договорное соглашеніе или внесеніе въ завѣщаніе оговорки, которою завѣщатель лишилъ бы себя самъ права отмѣнить свое распоряженіе. Съ указанной точки зрѣнія, завѣщаніе отличается отъ дарственной записи. 1) Дарственная представляетъ договоръ, тогда какъ завѣщаніе есть односторонній актъ. 2) Въ силу дарственной даритель передаетъ имущество немедленно, тогда какъ по завѣщанію переходъ долженъ про-

изойти только послѣ смерти завѣщателя. Поэтому дарить можно только наличное имущество, тогда какъ по завѣщанію къ наслѣднику переходятъ также вещи, поступившія въ составъ имущества по написаніи завѣщанія. 3) Дарственная переноситъ право собственности съ одного лица на другое и допускаетъ возвращеніе подареннаго только въ указанныхъ закономъ случаяхъ, тогда какъ завѣщаніе можетъ быть измѣняемо и отмѣняемо до смерти завѣщателя. Несмотря на указанное различіе между завѣщаніемъ и дареніемъ, нашъ законъ, слѣдуя французской системѣ, отводитъ завѣщаніямъ мѣсто не въ наслѣдственномъ правѣ, а въ дарственныхъ или безмездныхъ пріобрѣтеніяхъ правъ на имущество (кн. III, разд. I).

b. Завѣщаніе представляетъ собою, по мнѣнію закона, предсмертное распоряженіе *объ имуществѣ*. Однако, если дѣйствительно сущность завѣщательныхъ распоряженій относится къ имуществу, то все же возможны въ завѣщаніи распоряженія, направленныя и на другіе предметы. Такъ, въ завѣщаніи можетъ имѣть мѣсто назначеніе опекуновъ къ малолѣтнимъ наслѣдникамъ (т. X ч. 1 ст. 227), опредѣленіе системы ихъ воспитанія, указаніе порядка и мѣста погребенія и т. п. Всѣ эти распоряженія, присоединенныя къ имущественнымъ распоряженіямъ, такъ же обязательны къ исполненію, какъ и послѣднія. Отсюда не слѣдуетъ, чтобы можно было признать завѣщаніемъ такой актъ, въ которомъ распоряженія вовсе не касаются имущества,—потому что законъ смотритъ на завѣщанія, какъ на способъ пріобрѣтенія правъ на имущества (т. X ч. 1 ст. 699, прим., п. 1). Въ завѣщаніи должно быть распоряженіе объ имуществѣ, но нѣтъ необходимости, чтобы оно исчерпывало всю совокупность имущественныхъ отношеній. Та часть имущества, которая не завѣщана, идетъ къ законнымъ наслѣдникамъ. Современное право не требуетъ, какъ существеннаго условія завѣщаній, назначенія наслѣдника ко всему имуществу,—положеніе римскаго права, которое не допускало соединенія наслѣдованія по завѣщанію съ наслѣдованіемъ по закону, стоитъ въ противорѣчіи со всѣми законодательствами.

c. Предложеніе о принятіи имущества дѣлается *на случай смерти*, т.-е. наслѣднику предлагается вступить во всѣ отношенія, въ которыхъ состоялъ завѣщатель, только послѣ смерти послѣдняго. Поэтому духовныя завѣщанія, которыми имущество при жизни владѣльца укрѣпляется за другими лицами безповоротно, должны быть признаваемы по закону дарственными

записями и, наоборотъ, дарственныя записи, посредствомъ которыхъ имущество должно поступать къ другому лицу не при жизни, а по смерти дарителя, принадлежатъ по существу своему къ актамъ завѣщательнымъ (т. X ч. 1 ст. 991). Однако, признанію завѣщанія дарственною записью, и наоборотъ, можетъ оказать препятствіе недостатокъ требуемой формы. Такъ, дареніе недвижимости предполагаетъ крѣпостной порядокъ, тогда какъ завѣщаніе можетъ быть совершено домашнимъ образомъ.

Но завѣщаніе можетъ быть сдѣлано не только на случай смерти, и напрасно Сенатъ такъ рѣшительно утверждаетъ, что завѣщаніе получаетъ силу только, когда наслѣдство открывается естественною смертью (кас. рѣш. 1878, № 92). Вступающему въ монашество предоставляется распорядиться своимъ благопріобрѣтеннымъ имѣніемъ въ чью-либо пользу по своему усмотрѣнію, слѣдовательно, онъ можетъ раздарить свое имущество, но можетъ также составить завѣщаніе, которое получитъ силу въ моментъ постриженія, и тѣмъ предупредитъ распредѣленіе имущества между законными наслѣдниками (кас. рѣш. 1898, № 26). Лицо безвѣстно-отсутствующее можетъ оставить завѣщательное распоряженіе на случай смерти, легко возможной для отправляющагося въ полярную экспедицію, и такое завѣщаніе вступитъ въ силу по истеченіи 10 лѣтъ со времени его вызова, т.-е. когда откроется послѣ него наслѣдство. Наконецъ, и лицо, находящееся подъ слѣдствіемъ и судомъ, можетъ составить завѣщаніе, которое обнаружитъ свое дѣйствіе со времени вступленія приговора въ силу. Такимъ образомъ, завѣщанія могутъ быть составлены не только на случай смерти, но и на случай постриженія въ монашество, лишенія всѣхъ правъ состоянія, безвѣстнаго отсутствія. Если законъ вводитъ въ опредѣленіе завѣщанія признакъ смерти, такъ это потому, что онъ имѣлъ въ виду наиболѣе частый случай наслѣдованія, а вся совокупность послѣдствій, сопровождающихъ другіе случаи открытія наслѣдства, даетъ полную возможность допустить и для нихъ силу завѣщаній. Противники этого взгляда опираются на буквальный смыслъ ст. 1010 т. X ч. 1; на основаніи такого же буквальнаго толкованія пришлось бы отвергнуть возможность и законнаго наслѣдованія послѣ монашествующихъ, безвѣстно-отсутствующихъ, такъ какъ ст. 1104 т. X ч. 1 имѣетъ въ виду только смерть.

Законность завѣщанія представляется излишнимъ признакомъ, такъ какъ дѣйствительность вообще всякой сдѣлки зависитъ

отъ соотвѣтствія ея съ нормами объективнаго права. Въ частности законность завѣщательнаго распоряженія зависитъ отъ того: 1) чтобы оно было составлено лицомъ, имѣющимъ право завѣщать, 2) чтобы распоряженіе было сдѣлано въ пользу лица, имѣющаго право принять, 3) чтобы содержаніе завѣщанія не противорѣчило праву распоряженія завѣщателя, 4) чтобы завѣщательное распоряженіе было облечено въ законную форму.

II. Способность къ составленію завѣщанія. Дѣйствительность завѣщанія, какъ выраженія воли о назначеніи имущества, находится въ зависимости, со стороны завѣщателя, отъ наличности двухъ условій: 1) сознательности воли и 2) дѣеспособности завѣщателя, въ моментъ составленія завѣщанія, хотя нѣкоторые требуютъ дѣеспособности въ моментъ открытія наслѣдства.

1. *Сознательная воля* составляетъ существенное условіе всякой вообще сдѣлки, а слѣдовательно и завѣщанія. Законъ постановляетъ, что всѣ завѣщанія должны быть составляемы въ здравомъ умѣ и твердой памяти (т. X ч. 1 ст. 1016). Обстоятельства, устраняющія сознаніе и свободу воли, поражаютъ результатъ послѣдней. Наличность этого психическаго условія должна существовать въ моментъ составленія завѣщанія, когда воля находитъ себѣ внѣшнее выраженіе.

а. Вслѣдствіе отсутствія этого условія оказываются недѣйствительными завѣщанія *душевно-больныхъ*, т.-е. безумныхъ, сумасшедшихъ и умалишенныхъ, когда они составлены ими во время помѣшательства (т. X ч. 1 ст. 1017 п. 1). Завѣщаніе душевно-больного будетъ недѣйствительно, хотя бы онъ и не былъ признанъ таковымъ въ установленномъ порядкѣ. Ненормальность умственныхъ способностей завѣщателя можетъ быть удостовѣряема всевозможными доказательствами, свидѣтельскими показаніями и даже содержаніемъ самаго завѣщательнаго акта. Но, съ другой стороны, недѣйствительность завѣщанія зависитъ отъ душевнаго разстройства во время составленія завѣщанія. Если былъ свѣтлый промежутокъ, въ продолженіе котораго больной находился въ здравомъ умѣ, то завѣщаніе его, какъ актъ сознательной воли, пріобрѣтаетъ полную силу. Помѣшательство, предшествовавшее или послѣдующее составленію завѣщанія, не имѣетъ вліянія. Завѣщаніе лица, признаннаго въ установленномъ порядкѣ душевно-больнымъ, должно разсматриваться какъ недѣйствительное, —

доказываніе свидѣтелями, вопреки офиціальнаго признанія, что завѣщатель былъ здоровъ, недопустимо.

b. Отсутствіе сознанія можетъ быть и у *самоубійцъ*. По вопросу о силѣ завѣщанія лицъ, окончившихъ жизнь самоубійствомъ, существуетъ у насъ принципіальное противорѣчіе между гражданскими и уголовными законами. Первые выводятъ недѣйствительность такихъ завѣщаній изъ ненормальнаго состоянія психическихъ способностей завѣщателя (т. X ч. 1 стт. 1016 и 1017 п. 2). Напротивъ, уголовные законы признаютъ недѣйствительность завѣщаній самоубійцъ послѣдствіемъ совершеннаго ими преступленія (улож. наказ. ст. 1472). Наказаніе же за недозволенное дѣйствіе всегда предполагаетъ сознаніе и не примѣняется при наличности обстоятельствъ, устраняющихъ его. При всей несогласуемости принциповъ, положенныхъ въ основу одного и того же постановленія, должны быть приняты во вниманіе какъ гражданскій, такъ и уголовный законы. Въ силу гражданскаго закона, недѣйствительно будетъ завѣщаніе самоубійцы, составленное имъ передъ самою смертью, если доказана будетъ наличность душевнаго разстройства, которое привело его къ лишенію себя жизни. Въ силу уголовнаго закона, недѣйствительно будетъ завѣщаніе самоубійцы, составленное имъ въ здравомъ умѣ и твердой памяти, если онъ лишилъ себя жизни съ намѣреніемъ и не въ безуміи. Слѣдовательно, завѣщанія самоубійцъ могутъ быть признаны дѣйствительными только въ тѣхъ случаяхъ, когда они были составлены въ здравомъ умѣ и твердой памяти, а завѣщатель лишилъ себя жизни въ припадкѣ безумія или временнаго безпамятства. Такимъ образомъ завѣщаніе самоубійцы становится недѣйствительнымъ не безусловно, но только при наличности извѣстныхъ условій (кас. рѣш. 1892, № 4).

2. Дѣйствительность завѣщанія предполагаетъ *дѣеспособность завѣщателя* (т. X ч. 1 ст. 1018). Какъ наличность свободной воли, такъ и дѣеспособность необходимы не въ моментъ открытія наслѣдства, а только въ моментъ составленія акта. Такой смыслъ имѣетъ постановленіе нашего закона, что всѣ духовныя завѣщанія тогда только могутъ быть дѣйствительны, когда они «составляются» лицами, имѣющими по законамъ право отчуждать свое имущество (т. X ч. 1 ст. 1018). Такимъ образомъ, завѣщаніе, написанное лицомъ, которое было дѣеспособнымъ въ моментъ его составленія, будетъ дѣйствительно, хотя бы завѣщатель и умеръ въ состояніи недѣеспособности.

a. Отсутствіе дѣеспособности поражаетъ силу завѣщаній, составленныхъ *несовершеннолѣтними* (т. X ч. 1 ст. 1019 п. 1). Согласіе попечителя на составленное несовершеннолѣтнимъ завѣщаніе не можетъ имѣть никакого значенія. По господствующему взгляду, отсутствіемъ дѣеспособности въ моментъ совершенія акта, завѣщаніе, составленное лицомъ ранѣе 21 года, останется лишеннымъ юридической силы, хотя бы завѣщатель умеръ по достиженіи совершеннолѣтія. Слѣдуетъ замѣтить, что нѣкоторыя западныя законодательства способность составлять завѣщанія соединяютъ съ достиженіемъ возраста меньшаго, чѣмъ тотъ, который требуется для достиженія совершеннолѣтія. Такъ, французскій кодексъ (§ 904) и германское уложеніе (§ 2229 п. 2) дозволяютъ составлять завѣщанія несовершеннолѣтнимъ по достиженіи 16-ти лѣтъ, а швейцарскій кодексъ—по достиженіи 18 лѣтъ (§ 467). Основаніемъ для сокращенія общаго срока совершеннолѣтія выставляется то соображеніе, что завѣщательное распоряженіе не грозитъ интересамъ самого несовершеннолѣтняго, какъ грозятъ другія его сдѣлки, получающія силу при его жизни. Въ Англіи, напротивъ, несовершеннолѣтніе завѣщаній составлять не могутъ.

b. За отсутствіемъ дѣеспособности, признаются недѣйствительными завѣщанія *лицъ, лишенныхъ по суду всѣхъ правъ состоянія*, когда приговоръ имъ объявленъ (т. X ч. 1 ст. 1019 п. 2). Напротивъ, лица, состоящія подъ арестомъ, пока приговоръ о лишеніи ихъ правъ состоянія имъ не объявленъ, не лишаются права составлять завѣщанія на основаніи общихъ правилъ (т. X ч. 1 ст. 1020). Сенатъ толкуетъ это положеніе въ томъ смыслѣ, что духовное завѣщаніе, составленное при этихъ условіяхъ, воспринимаетъ силу и дѣйствіе лишь въ томъ случаѣ, когда смерть постигнетъ завѣщателя до обращенія приговора къ исполненію (кас. рѣш. 1878, № 92). Слѣдовательно, завѣщаніе лица, лишеннаго судебнымъ приговоромъ всѣхъ правъ состоянія, должно быть признано безусловно недѣйствительнымъ съ момента вступленія приговора въ законную силу. Такимъ образомъ, по мнѣнію Сената, лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія открывается наслѣдованіе только по закону, но не по завѣщанію.

Такое толкованіе представляется противорѣчащимъ ясному смыслу нашихъ законовъ. Прежде всего возбуждается вопросъ, какимъ мотивомъ могъ бы руководствоваться законодатель, поражая недѣйствительностью завѣщанія, составленныя до лише-

нія правъ? Лишая лицо всѣхъ правъ состоянія, законъ наказываетъ его отнятіемъ всѣхъ бывшихъ у него имущественныхъ благъ. Наказаніе направлено на виновное лицо, а судьба этихъ благъ для законодателя безразлична—поступятъ ли они къ тѣмъ или инымъ лицамъ, къ наслѣдникамъ по завѣщанію или по закону. Возможность со стороны лица, знающаго уже о предстоящемъ ему лишеніи правъ, распорядиться своимъ имуществомъ нисколько не противорѣчитъ идеѣ наказанія, направленнаго на отнятіе у него пользованія благами. Едва ли стоитъ останавливаться на такомъ оправданіи сенатскаго взгляда: «иначе преступникъ, ожидающій лишенія всѣхъ правъ состоянія, могъ бы, посредствомъ завѣщательныхъ распоряженій въ пользу подставного лица, сберечь для себя имущество и тѣмъ въ значительной степени ослабить силу постигающаго его наказанія». Съ этой точки зрѣнія слѣдовало бы лишить наслѣдства ближайшихъ наслѣдниковъ преступника, потому что именно они скорѣе всего помогутъ преступнику ослабить силу падающаго на него наказанія.

Сильнѣе тотъ аргументъ, что завѣщатель необладаетъ дѣеспособностью въ моментъ открытія наслѣдства (кас. рѣш. 1876, № 536). Лишенный всѣхъ правъ состоянія утрачиваетъ дѣеспособность въ моментъ вступленія приговора въ законную силу. Въ этотъ же моментъ открывается послѣ него наслѣдство. По этой причинѣ онъ съ этого момента не можетъ уже составить завѣщанія. Но нѣтъ никакого юридическаго основанія отвергать силу завѣщанія, составленнаго до лишенія правъ состоянія. По общему смыслу нашего закона очевидно, что дѣеспособность требуется только въ моментъ составленія завѣщанія. Нигдѣ не сказано, чтобы она необходима была въ моментъ открытія наслѣдства. Законъ прямо дозволяетъ лицамъ, которымъ угрожаетъ лишеніе правъ состоянія, составлять завѣщанія (ст. 1020), и ни словомъ не упоминаетъ о смерти, постигающей ихъ до вступленія приговора въ законную силу. Возможность составленія опредѣлена точно во времени до объявленія имъ приговора, хотя до вступленія приговора въ законную силу они еще не лишены правъ состоянія. И сама практика наша впадаетъ въ противорѣчіе, когда признаетъ, что поступающій въ монашество не лишенъ права составить о своемъ имуществѣ духовное завѣщаніе, и завѣщаніе это воспринимаетъ силу съ момента постриженія (кас. рѣш. 1898, № 26). Моментъ постриженія въ монашество, съ точки зрѣнія дѣе-

способности, ничѣмъ не отличается отъ момента, когда приговоръ уголовнаго суда вступаетъ въ законную силу. А потому и оцѣнка ихъ должна быть одинакова.

с. По тѣмъ же основаніямъ недѣйствительны завѣщанія *монашествующихъ*, какъ добровольно подвергшихся смерти въ мірѣ свѣтскихъ отношеній (т. IX ст. 424, см. кас. рѣш. 1897, № 24, гдѣ приведены постановленія Вселенскаго Константинопольскаго Собора). Однако, такой результатъ наступаетъ только съ момента постриженія. До этого времени вступающій въ монашество имѣетъ право распорядиться своимъ имуществомъ по собственному усмотрѣнію, раздарить его или завѣщать (т. X ч. 1 ст. 1223) Завѣщанія такихъ лицъ вполнѣ дѣйствительны. Изъ общаго правила о недѣйствительности завѣщанія монашествующихъ допускается исключеніе въ пользу монашествующихъ властей. Завѣщанія митрополитовъ, архіереевъ, архимандритовъ и прочихъ монашествующихъ властей считаются дѣйствительными, когда они относятся къ ихъ частной движимости, а не къ вещамъ, къ ризницамъ ихъ принадлежащимъ и только въ церквахъ употребляемымъ, хотя бы въ числѣ ихъ находились вещи, ими на собственный счетъ устроенныя (т. X ч. 1 ст. 1025). Впрочемъ, не всѣ монашескія власти могутъ дѣлать завѣщанія: всякое имущество, остающееся по смерти настоятеля и настоятельницы общежительнаго монастыря, хотя бы оно и не значилось по монастырскимъ документамъ, признается собственностью монастыря (т. X ч. 1 ст. 1187). Недѣйствительность завѣщанія монашествующихъ не значитъ, что имущество, послѣ нихъ оставшееся, переходитъ къ законнымъ наслѣдникамъ: наслѣдство послѣ нихъ уже открывалось и у нихъ нѣтъ болѣе законныхъ наслѣдниковъ. Оставшееся послѣ нихъ имущество становится достояніемъ монастыря.

Существуетъ категорія лицъ, ограниченная въ своей дѣеспособности, завѣщанія которыхъ тѣмъ не менѣе слѣдуетъ признать дѣйствительными,—это *расточители*. Опека по расточительности налагается на лицо въ предупрежденіе растраты всего состоянія вслѣдствіе чрезмѣрной роскоши. Этотъ мотивъ опеки устраняетъ необходимость ея участія при составленіи завѣщанія. Лицо распредѣляетъ свое имущество на случай смерти; этотъ актъ не угрожаетъ разстройствомъ его имуществу. Этотъ актъ выходитъ за предѣлы тѣхъ сдѣлокъ, которыя совершаются въ его личныхъ интересахъ, которыя направлены

на чрезмѣрную роскошь въ собственное удовольствіе. Поэтому такой актъ долженъ стоять внѣ опеки. Если расточитель въ завѣщаніи лишитъ наслѣдства своихъ законныхъ преемниковъ, то это право каждаго лица. Нашъ законъ не ограничиваетъ расточителей въ правѣ составлять завѣщанія. Поэтому судебная практика признала, что лица, состоящія подъ опекою за расточительность, не лишены права составить завѣщаніе на случай своей смерти; для дѣйствительности такого завѣщанія нѣтъ надобности въ согласіи учрежденной надъ завѣщателемъ опеки (кас. рѣш. 1876, № 389). Также рѣшается этотъ вопросъ по французскому праву, тогда какъ по германскому уложенію, наоборотъ, расточителямъ воспрещается составлять завѣщанія (§ 2229).

III. Способность къ пріобрѣтенію наслѣдства по завѣщанію. Способность сдѣлаться субъектомъ права наслѣдованія по завѣщанію не зависитъ отъ дѣеспособности наслѣдника: душевно-больные, дѣти, глухонѣмые, расточители нисколько не ограничены въ правѣ пріобрѣтать по завѣщанію, если не актомъ своей воли, то волею состоящихъ при нихъ опекуновъ. Способность къ пріобрѣтенію наслѣдства по завѣщанію обусловливается правоспособностью лица, назначеннаго наслѣдникомъ. Такъ какъ въ настоящее время всѣ признаются правоспособными, то рѣчь можетъ идти только объ ограниченіяхъ въ правоспособности, а, соотвѣтственно, объ ограниченіяхъ въ правѣ быть наслѣдникомъ по завѣщанію.

Эта способность необходима не въ моментъ составленія завѣщанія, потому что до смерти завѣщателя никакія права не пріобрѣтаются наслѣдникомъ, а только въ моментъ открытія наслѣдства, когда назначенный наслѣдникомъ пріобрѣтаетъ наслѣдственное право, хотя, можетъ быть, слѣдовало бы отнести этотъ моментъ еще далѣе,—ко времени пріобрѣтенія наслѣдства.

Русское законодательство содержитъ нѣсколько ограниченій въ способности къ принятію наслѣдства по завѣщанію. a) Запрещается завѣщать недвижимыя дворянскія имѣнія лицамъ, не имѣющимъ права владѣть ими (т. X ч. 1 ст. 1028). Постановленіе это въ настоящее время слѣдуетъ считать потерявшимъ силу за отсутствіемъ такихъ лицъ и такихъ имѣній. Большее общественное значеніе имѣетъ недопустимость завѣщанія (по аналогіи съ дареніемъ т. IX, особ. прил. ст. 19) надѣльныхъ земель лицамъ, неприписаннымъ къ сельскому обществу. b) Завѣщательныя распоряженія, которыми оставля-

ется въ пользу лицъ польскаго происхожденія недвижимости въ мѣстностяхъ, гдѣ они владѣть ими не могутъ, не имѣютъ силы (т. X ч. 1 ст. 698, прим. 2, прил. ст. 1, прим. 1). Иностранцы могутъ пріобрѣсти по завѣщанію права на недвижимости, расположенныя въ мѣстностяхъ, въ которыхъ, иностранцамъ воспрещается пріобрѣтеніе ихъ, хотя они и обязаны полученное продать въ теченіе трехъ лѣтъ (т. IX ст. 830, прим. 2, прил. ст. 3), однако, въ Волынской губерніи завѣщанія въ пользу иностранцевъ недѣйствительны (т. X ч. 1, ст. 698, прим. 3, прил. ст. 1, прим.). Что касается евреевъ, то по закону недвижимое имѣніе, доставшееся еврею по наслѣдству (слѣдовательно, и по завѣщанію) внѣ тѣхъ мѣстъ, гдѣ имъ владѣніе таковымъ дозволяется, должно быть ими продано въ теченіе 6 мѣсяцевъ (т. IX ст. 785). c) Недѣйствительны завѣщательныя распоряженія въ пользу монашествующихъ, если ко времени открытія наслѣдства состоялось постриженіе ихъ (т. X ч. 1 ст. 1025 прим., ст. 1067 п. 3). Однако, монашествующія власти могутъ завѣщать въ пользу постриженныхъ въ монашество лицъ православнаго вѣроисповѣданія иконы, панагіи, наперсные кресты и книги духовнаго, нравственнаго и ученаго содержанія. d) Всѣ тѣ лица, которыя по лишеніи правъ состоянія считаются неспособными къ законному наслѣдованію, неспособны и къ принятію имущества по завѣщанію (т. X ч. 1 ст. 1067, п. 4). Хотя по смерти женъ ссыльныхъ (не въ административномъ порядкѣ) право наслѣдованія принадлежитъ мужьямъ ихъ (уст. ссыльныхъ, изд. 1909, ст. 225), но изъ этого не слѣдуетъ, чтобы ссыльные могли наслѣдовать не по закону, а по завѣщанію. e) Всѣмъ служащимъ въ карантинныхъ учрежденіяхъ запрещается получать какую-либо часть изъ имѣнія умершаго въ карантинѣ завѣщателя, если они не имѣютъ на оставшееся послѣ него имущество законнаго права наслѣдованія или если завѣщаніе не составлено ранѣе, до помѣщенія въ карантинъ. Это правило не распространяется на членовъ карантинныхъ совѣтовъ, за исключеніемъ начальника карантиннаго округа (т. X ч. 1 ст. 1067 п. 5). Законъ предусматриваетъ возможность давленія со стороны карантинныхъ чиновниковъ на свободу лицъ, находящихся въ карантинѣ. По тѣмъ же соображеніямъ нѣкоторыя законодательства запрещаютъ составлять завѣщанія въ пользу врачей, пользовавшихъ больного завѣщателя передъ смертью, священниковъ, напутствовавшихъ умершаго, капитана морского

корабля, на которомъ составлялось завѣщаніе, опекуна завѣщателя (франц. код. §§ 907 и 909, итал. код. § 769). Монастыри и церкви способны къ принятію по завѣщанію, но дѣйствительность завѣщательнаго распоряженія, которымъ въ пользу ихъ оставляются недвижимыя имѣнія, обусловливается Высочайшимъ соизволеніемъ, испрашиваемымъ черезъ Синодъ (т. X ч. 1, ст. 1067, п. 2). Затѣмъ никакихъ препятствій не установлено въ законѣ къ тому, чтобы наслѣдниками по завѣщанію были назначены лица, ограниченныя въ дѣеспособности, какъ малолѣтніе, сумасшедшіе, расточители.

Такъ какъ отъ лица, въ пользу котораго завѣщается имущество, требуется способность въ моментъ открытія наслѣдства, то тѣмъ болѣе необходимо существованіе въ это время этого лица. Наслѣдникъ можетъ не существовать еще во время составленія завѣщанія, но онъ долженъ уже родиться или, по крайней мѣрѣ, быть зачатымъ въ моментъ открытія наслѣдства (т. X ч. 1 стт. 1026, 1106, п. 2 по аналогіи). Завѣщательныя распоряженія въ пользу лицъ, еще только могущихъ родиться отъ указанныхъ лицъ въ неопредѣленномъ времени, должны быть признаны недѣйствительными, какъ не означающія точно лицо наслѣдника. Между тѣмъ наша практика признала дѣйствительнымъ завѣщаніе, которымъ имущество предоставлено въ пожизненное пользованіе извѣстному лицу, а наслѣдниками назначены дѣти этого же лица, если они родятся ко времени прекращенія пользованія (кас. рѣш. 1888, № 63; 1900, № 84). Въ подтвержденіе вѣрности своего взгляда Сенатъ выставляетъ то соображеніе, что такое завѣщаніе не будетъ противорѣчить ст. 1026, т. X ч. 1, потому что завѣщаемое имѣніе со смертью завѣщателя не остается безхозяйнымъ,—оно состоитъ во владѣніи и пользованіи пожизненнаго владѣльца, а право собственности на оное принадлежитъ, съ самой кончины завѣщателя, точно указаннымъ лицамъ, имѣющимъ родиться у опредѣленнаго лица. Но имущество завѣщаемое, вопреки утвержденію Сената, остается именно юридически безхозяйнымъ. Отъ пожизненнаго пользованія дѣло не измѣняется, а говорить о правѣ собственности несуществующихъ лицъ, да еще указывать моментъ возникновенія этого права—совершенно недопустимо, особенно, если принять во вниманіе, что для права собственности законъ требуетъ не только наличности субъекта, но также объекта. Особенно страннымъ покажется взглядъ Сената, если принять во вниманіе, что по мнѣнію Сената «наши за-

коны гражданскіе не присваиваютъ наслѣдству характера и значенія юридическаго лица, и не допускаютъ такого состоянія имущества, въ которомъ оно могло бы считаться никому не принадлежащимъ» (кас. рѣш. 1906, № 85). Спрашивается, если въ указанномъ случаѣ у пожизненнаго пользователя дѣти вовсе не родятся, какова будетъ судьба завѣщаннаго имущества? За отсутствіемъ назначенныхъ наслѣдниковъ, имущество должно бы перейти къ законнымъ наслѣдникамъ завѣщателя. Но не утратятъ ли они свои наслѣдственныя права за истеченіемъ 10-лѣтней давности? До смерти пожизненнаго пользователя, съ точки зрѣнія Сената, они не могутъ заявлять своихъ наслѣдственныхъ правъ, а послѣ смерти можетъ оказаться уже поздно. Тогда завѣщаемое имущество, вопреки волѣ завѣщателя, перейдетъ въ разрядъ выморочныхъ. Какія затрудненія можетъ создать на практикѣ противоположная точка зрѣнія, видно изъ кас. рѣш. 1901, № 52. Изъ дѣйствующихъ законодательствъ можно указать на итальянское, которое допускаетъ завѣщать имущество въ пользу дѣтей, имѣющихъ родиться отъ лица, существующаго въ моментъ открытія наслѣдства при чемъ до наступленія этого событія наслѣдственная масса передается въ опекунское управленіе (итал. гражд. улож. §§ 764, 857). Какъ французское (§ 1048), такъ и германское (§ 2101) права прибѣгаютъ въ такихъ случаяхъ къ предположенію, что завѣщатель имѣлъ въ виду назначить указанное, но еще несуществующее, лицо, какъ преемника (Nacherbe) того, кто ранѣе вступитъ въ право наслѣдованія.

Необходимость точнаго обозначенія наслѣдника въ завѣщаніи не допускаетъ того, чтобы выборъ наслѣдника былъ предоставленъ усмотрѣнію лица, котораго завѣщатель укажетъ въ завѣщаніи. Наша практика признала недѣйствительность завѣщательныхъ распоряженій, которыми предоставлено было выбранному завѣщателемъ лицу распорядиться наслѣдствомъ по своему усмотрѣнію (кас. рѣш. 1886, № 42).

Точно также встаетъ вопросъ, возможны ли завѣщанія въ пользу юридическихъ лицъ, еще не существующихъ? Напр., завѣщатель удѣляетъ часть своего имѣнія для организаціи дѣтскаго санаторія, или отчисляетъ нѣкоторый капиталъ на учрежденіе музея. На Западѣ допустимость подобныхъ завѣщаній спорна: во Франціи онѣ считаются не имѣющими силы (§ 725), а въ Германіи, наоборотъ, такія завѣщательныя распоряженія признаны прямо закономъ (§ 84) но, при этомъ, за-

конъ пользуется конструкціею, по которой до возникновенія юридическаго лица субъектомъ права признается предварительный наслѣдникъ (Vorerbe, § 2101), и только швейцарскій гражданскій кодексъ прямо разрѣшаетъ завѣщательныя распоряженія въ пользу несуществующихъ еще учрежденій (fondation, §§ 81, 493). Жизненная потребность допущенія подобныхъ завѣщаній не подлежитъ сомнѣнію, а, главное, съ ними самымъ тѣснымъ образомъ связанъ общественный интересъ. Къ сожалѣнію, съ догматической точки зрѣнія слѣдуетъ признать, что у насъ завѣщательныя распоряженія въ пользу юридическихъ лицъ, не существующихъ еще въ моментъ открытія наслѣдства, — не могутъ быть признаны дѣйствительными. Препятствіемъ является законъ, требующій, чтобы лица, въ пользу которыхъ производится завѣщательное распоряженіе, были точно обозначены (т. X ч. 1 ст. 1026). Такой точности совершенно не отвѣчаетъ указаніе лица, еще вовсе не возникшаго. До какихъ поръ останется въ неопредѣленномъ состояніи имущество, завѣщанное юридическому лицу, которое по тѣмъ или инымъ причинамъ не возникаетъ долгое время? По германскому праву такое завѣщаніе падаетъ, если учрежденіе юридическаго лица не состоялось въ теченіе 30 лѣтъ (§ 2109), но какъ быть, если такого законнаго рѣшенія вопроса нѣтъ? Въ оправданіе допустимости разсматриваемыхъ распоряженій ссылаются на ст. 1093 и 1094 т. X ч. 1, гдѣ сказано, что по тѣмъ изъ пожертвованій, которыя сдѣланы въ завѣщаніяхъ безъ точнаго указанія предмета употребленія, когда притомъ не указано и учрежденіе или лицо, въ распоряженіе коего оставляется завѣщанное, министерство внутреннихъ дѣлъ даетъ пожертвованію опредѣленное назначеніе. Однако, здѣсь рѣчь идетъ только о неопредѣлительности назначенія, а не о назначеніи на опредѣленное юридическое лицо, котораго пока нѣтъ. Законъ даетъ выходъ изъ того затрудненія, какое создается, напр., завѣщаніемъ милліона рублей въ пользу высшихъ учебныхъ заведеній, но въ немъ нѣтъ выхода изъ завѣщанія, которымъ, напр., оставляется милліонъ рублей въ пользу Виленскаго университета. Такъ, напр., нѣкто оставилъ по завѣщанію денежный фондъ на учрежденіе Варшавскаго женскаго университета. Примѣнительно къ § 906 кодекса, который требуетъ, чтобы въ моментъ смерти завѣщателя существовало лицо, въ пользу котораго произведено завѣщательное распоряженіе, завѣщаніе подверглось оспариванію.

Сенатъ отвергъ основательность спора на томъ основаніи, что если такой отказъ сдѣланъ въ пользу будущихъ учебныхъ заведеній вообще, то легатаріемъ считается государство, если въ пользу такихъ же заведеній даннаго учебнаго округа, то этотъ округъ (кас. рѣш. 1909, № 48). Но такое разъясненіе не согласно съ закономъ какъ дѣйствующимъ въ Царствѣ Польскомъ, такъ и дѣйствующимъ въ Имперіи, а весьма часто можетъ оказаться въ рѣзкомъ противорѣчіи съ волею завѣщателя. Здѣсь нужна спеціальная норма, созданная въ законодательномъ порядкѣ. А пока у насъ, какъ и во Франціи, единственный способъ достичь цѣли созданія юридическаго лица на завѣщаемыя средства,—это избрать наслѣдникомъ надежное лицо, на котораго и возложить обязанность способствовать возникновенію учрежденія и передать ему тогда капиталъ или вещи. Наша практика полагаетъ, что и сейчасъ нѣтъ препятствій къ признанію завѣщательныхъ распоряженій въ пользу несуществующихъ юридическихъ лицъ (кас. рѣш. 1888, № 63).

IV. Содержаніе завѣщанія. Законность содержанія воли, выражаемой въ завѣщательномъ распоряженіи, составляетъ внутреннее условіе дѣйствительности завѣщанія, подобно тому, какъ соблюденіе установленной формы является внѣшнимъ условіемъ его дѣйствительности. Завѣщается или все имущество, какъ совокупность правъ и обязанностей, или же та или другая его часть, или же только одно или нѣсколько опредѣленныхъ правъ, вещныхъ, исключительныхъ, правъ требованія. Предметомъ завѣщанія можетъ быть и наслѣдственное право самого завѣщателя, пріобрѣтенное уже имъ, а не ожидаемое только.

Если въ завѣщаніи назначается нѣсколько наслѣдниковъ, то должна быть указана доля наслѣдственнаго имущества, на которую имѣетъ право каждый изъ нихъ. *Неуказаніе наслѣдственной доли* не поражаетъ завѣщанія недѣйствительностью, но возбуждаетъ вопросъ, какъ должно быть раздѣлено наслѣдство между указанными въ завѣщаніи наслѣдниками. Здѣсь возможно двоякое рѣшеніе. По мнѣнію однихъ, а также Сената (кас. рѣш. 1879, № 37), въ случаѣ назначенія въ завѣщаніи нѣсколькихъ лицъ, какъ наслѣдниковъ къ имуществу, безъ указанія, въ какой долѣ кому завѣщается, слѣдуетъ предполагать имущество завѣщаннымъ въ равныхъ доляхъ. Но возможно и другое рѣшеніе. Законъ, устанавливая извѣстный порядокъ наслѣдованія на случай смерти безъ завѣщанія, стремится при-

способиться къ предполагаемой волѣ наслѣдодателя. Вѣрно или нѣтъ улавливаетъ онъ ее, но такова идея, лежащая въ основѣ законнаго наслѣдованія. Поэтому можно разрѣшить разсматриваемый случай въ томъ смыслѣ, что завѣщатель, умолчавшій о доляхъ, имѣлъ въ виду предоставить наслѣдникамъ законныя доли, если противоположное намѣреніе не обнаруживается изъ общаго смысла завѣщанія. Наприм., завѣщатель назначаетъ наслѣдниками сына и дочь, не опредѣляя подробнѣе, сколько кому оставляетъ: слѣдуетъ полагать, что при дѣйствіи ст. 1130 т. X, ч. 1 онъ дочери завѣщалъ $^1/_8$ капитала, а сыну все остальное, а при дѣйствіи закона, уравнявшаго женскія доли съ мужескими, что завѣщано каждому изъ двухъ дѣтей по $^1/_2$ капитала.

Завѣщатель можетъ завѣщать свое имущество кому ему угодно, родственнику или постороннему. Однако, свобода завѣщательныхъ распоряженій встрѣчаетъ нѣкоторыя ограниченія какъ въ западныхъ, такъ и въ нашемъ законодательствѣ. Передача всего имущества постороннимъ лицамъ при существованіи ближайшихъ родственниковъ представляется такимъ нарушеніемъ семейныхъ связей, что законодатели, при всемъ уваженіи къ свободѣ собственника распоряжаться своимъ имуществомъ, находятъ необходимымъ положить извѣстныя границы произволу. На Западѣ въ пользу ближайшихъ родственниковъ дѣтей и родителей, устанавливается извѣстная доля наслѣдства, доходящая иногда до $^3/_4$ имущества, которыми наслѣдодатель не можетъ распорядиться и которыя поступаютъ непремѣнно къ законнымъ наслѣдникамъ, если только они не отрекаются отъ законной доли. Представленіе *о законной долѣ*, которою завѣщатель не можетъ распорядиться, сложилось у западныхъ народовъ частью подъ вліяніемъ римскаго права, въ которомъ установилась въ позднѣйшую эпоху его развитія legitima pars bonorum, частью же подъ вліяніемъ древне-германскихъ началъ. Въ противовѣсъ возможности распорядиться имуществомъ посредствомъ завѣщанія, которая проникла въ жизнь подъ вліяніемъ церкви, германское право ухватилось за ограниченіе свободы завѣщателя въ отношеніи объема распоряженія. Установленіе законной доли явилось лучшимъ способомъ согласовать противоположныя тенденціи. Впрочемъ, законная доля въ новыхъ законодательствахъ получила нѣсколько иной характеръ, чѣмъ въ римскомъ правѣ. Обойденные завѣщателемъ ближайшіе родственники не могутъ опровергать завѣщанія, какъ это

было у римлянъ, но становятся только кредиторами лицъ, назначенныхъ по завѣщанію наслѣдниками, при чемъ претензія ихъ равняется цѣнности доли, которую они должны бы были получить. Величина законной доли различна въ западныхъ законодательствахъ. По французскому праву законная доля (la rêserve) устанавливается въ пользу нисходящихъ и восходящихъ родственниковъ. Завѣщатель можетъ по своему усмотрѣнію распорядиться (la portion disponible) половиною имущества, если у него только одинъ ребенокъ, третьею частью—если у него двое дѣтей, и четвертою лишь частью,—если у него трое или болѣе дѣтей (§§ 913—916). По германскому гражданскому уложенію, если нисходящій устраненъ завѣщаніемъ отъ наслѣдованія, то онъ можетъ требовать отъ назначенныхъ наслѣдниковъ свою законную долю (Pflichttheil), которая состоитъ въ половинѣ цѣнности его доли наслѣдованія по закону. Такое же право принадлежитъ родителямъ и супругу наслѣдодателя (§ 2303). Отличіе германскаго права отъ французскаго выражается въ томъ, что во Франціи обязательная доля опредѣляется въ отношеніи всего имущества завѣщателя (часть имущества), тогда какъ въ Германіи—въ отношеніи законной доли наслѣдника (часть наслѣдственной доли). Напротивъ, Англія представляетъ собою страну, въ которой завѣщательная свобода доведена до высшей степени. Каждый въ правѣ завѣщать свои движимости и недвижимости кому угодно и въ какомъ угодно размѣрѣ. Никакой законной доли англійское право не знаетъ.

Русскому законодательству, къ сожалѣнію, чуждо постановленіе о законной долѣ. Вмѣсто того, оно даетъ иное ограниченіе свободы завѣщаній—по роду имущества.

1. Въ то время, какъ благопріобрѣтенныя имущества могутъ быть завѣщаемы неограниченно (т. X ч. 1 ст. 1067), родовыя имѣнія не подлежатъ вовсе завѣщанію (т. X ч. 1 ст. 1068). Это не значитъ, конечно, что нельзя въ завѣщаніи назначить наслѣдника къ родовому имѣнію. Смыслъ закона въ томъ, что недопустимы завѣщанія родовыхъ имѣній вопреки указаннаго закономъ наслѣдственнаго преемства въ этой части имущества (слово «вопреки» по аналогіи ст. 1069). Изъ этого общаго правила допускаются два изъятія. а) Лицо, не имѣющее ни дѣтей, ни внуковъ, можетъ предоставить свою родовую недвижимость или же часть ея, помимо ближайшихъ наслѣдниковъ и несмотря ни на какую степень родства, одному лицу изъ

дальнѣйшихъ своихъ родственниковъ или родственницъ, если они принадлежатъ къ тому же роду, изъ котораго досталось имущество завѣщателю (т. X ч. 1 ст. 1068). Статья эта дозволяетъ, въ указанномъ въ ней случаѣ, завѣщать родовое имѣніе одному лицу изъ того же рода, изъ котораго оно дошло, но не двумъ или болѣе лицамъ (кас. рѣш. 1884, № 108). Въ пользу такого толкованія приведеннаго закона говоритъ и прямой словесный смыслъ и историческія основанія его. Возможно что къ завѣщателю, не имѣющему нисходящихъ, дошли родовыя имѣнія изъ разныхъ родовъ,—тогда законъ разрѣшаетъ ему избрать и назначить по одному наслѣднику изъ каждаго рода къ каждому родовому имѣнію (т. X ч. 1 ст. 1068). Возможно, что къ завѣщателю, не имѣющему нисходящихъ, дошли разныя родовыя имѣнія изъ одного и того рода;—тогда, по мнѣнію Сената, всѣ они, и только въ совокупности, могутъ быть завѣщаны одному наслѣднику изъ того же рода (кас. рѣш. 1909, № 101). b) Родовое имѣніе можетъ быть предметомъ завѣщательнаго распоряженія также въ томъ случаѣ, когда собственникъ предоставляетъ его въ пожизненное владѣніе своему супругу, заставляя тѣмъ законнаго наслѣдника подождать съ осуществленіемъ присвоенныхъ ему правъ на это родовое имѣніе (т. X ч. 1 ст. 1070). Запрещеніе завѣщать родовыя имѣнія помимо законныхъ наслѣдниковъ можетъ быть отчасти обойдено въ силу закона 25 мая 1899 года о временно-заповѣдныхъ имѣніяхъ. Потомственный дворянинъ, имѣющій нѣсколькихъ законныхъ дѣтей или дальнѣйшихъ нисходящихъ, можетъ учредить изъ своего родового имущества временно-заповѣдное имѣніе въ пользу одного изъ сихъ дѣтей или потомковъ, при условіи обезпеченія остальныхъ наслѣдниковъ изъ другого, благопріобрѣтеннаго, имущества учредителя, въ размѣрѣ ихъ законной доли (т. X ч. 1 ст. 493^{10} и 493^{11}).

2. Имѣнія заповѣдныя и имѣнія, пожалованныя на правѣ маіоратовъ въ Западныхъ губерніяхъ, не подлежатъ завѣщаніямъ вопреки правилу, постановленному для перехода этихъ имѣній по наслѣдству. Владѣлецъ заповѣднаго имѣнія для обезпеченія участи жены своей и тѣхъ изъ дѣтей, которыя не наслѣдуютъ ему въ этомъ имѣніи, можетъ постановить въ своемъ завѣщаніи, чтобы часть, впрочемъ не болѣе $^1/_3$ чистаго съ имѣнія дохода, была выдаваема ежегодно вдовѣ его по день смерти, а для дѣтей, посредствомъ займа подъ обезпеченіе доходовъ съ

того же имѣнія, былъ составленъ особый неприкосновенный капиталъ, не свыше, однако, количества трехлѣтняго чистаго съ имѣнія дохода. Этотъ капиталъ долженъ быть раздѣленъ между дѣтьми, не наслѣдующими въ заповѣдномъ имѣніи, какъ между братьями, такъ и между сестрами, по равной на каждаго и на каждую изъ нихъ части (т. X ч. 1 ст. 1069). Законъ не предоставляетъ завѣщателю по своему усмотрѣнію распредѣлять между дѣтьми доли этого капитала.

3. Большой интересъ возбуждаетъ въ настоящее время возможность завѣщанія крестьянами своей надѣльной земли. Колебанія въ литературѣ и въ судебной практикѣ, характерныя для прежняго времени (кас. рѣш. 1893, № 77), не ослабнутъ съ изданіемъ новыхъ законовъ по крестьянскому землевладѣнію. Конечно, рѣчь могла идти только о подворномъ владѣніи или личной собственности, а не о правѣ участія въ общинномъ владѣніи. Допустимость завѣщательнаго распоряженія обусловливается признаніемъ, что надѣльная земля принадлежитъ домохозяину, а не крестьянскому двору (т. IX пол. сел. сост. по Прод. 1910, ст. 17[2]). Надѣльная земля, хотя бы и выкупленная въ личную собственность, не можетъ быть отчуждаема посредствомъ даренія или продажи иначе, какъ лицамъ, приписаннымъ къ сельскому обществу. Нигдѣ законъ не запретилъ крестьянамъ составлять завѣщаній на случай смерти. Сопоставляя эти два положенія, мы должны признать, что домохозяинъ въ правѣ сдѣлать завѣщательное распоряженіе о своей надѣльной землѣ, но только въ пользу лицъ, приписанныхъ къ сельскому обществу.

Цѣль завѣщанія состоитъ въ передачѣ наслѣднику правъ завѣщателя и въ возложеніи на него обязанностей, лежавшихъ на послѣднемъ. Слѣдовательно, по завѣщанію имѣется въ виду предоставить наслѣднику права собственности на вещи, бывшія въ составѣ имущества наслѣдодателя и права требованія по обязательствамъ, въ которыхъ состоялъ наслѣдодатель. Но завѣщатель имѣетъ полную возможность, передавъ одному лицу право собственности, въ то же время установить въ пользу другого лица право пользованія тою же вещью. Это и выражается, хотя и не совсѣмъ точно, въ постановленіи нашего закона, что завѣщать благопріобрѣтенное имущество можно или въ полную собственность или же во временное владѣніе и пользованіе (т. X ч. 1 ст. 1011). Неточность приведенной статьи заключается въ томъ, а) что предоставленіе въ пользо-

ваніе возможно не только относительно благопріобрѣтеннаго имущества, но и родовой недвижимости, а именно когда оно устанавливается въ пользу супруга; b) что буквальный смыслъ статьи способенъ подать поводъ предположить возможность завѣщанія или въ пользованіе или въ собственность, тогда какъ въ дѣйствительности ничто не препятствуетъ одновременному назначенію движимостей или недвижимостей одному лицу въ пользованіе, а другому въ собственность. Если въ завѣщаніи указано только лицо, которому предоставляется пользованіе, то право собственности пріобрѣтается законнымъ наслѣдникомъ. Продолжительность предоставляемаго завѣщаніемъ пользованія можетъ быть поставлена въ зависимость или отъ жизни пользователя (пожизненное пользованіе) или отъ наступленія какого-либо событія, напр., до выхода замужъ (кас. рѣш. 1879, № 21), или отъ наступленія опредѣленнаго срока, напр., до совершеннолѣтія.

Вмѣстѣ съ имуществомъ къ наслѣднику должно по завѣщанію перейти и право собственности на вещи, принадлежащія наслѣдодателю. Право собственности предполагаетъ и возможность распоряженія. Поэтому завѣщатель не въ правѣ лишить наслѣдника распоряженія вещами, переходящими къ нему вмѣстѣ съ имуществомъ. Таковы нерѣдко встрѣчающіяся завѣщательныя назначенія вещей въ «неотчуждаемую собственность». Между тѣмъ Сенатъ полагаетъ, что нѣтъ никакихъ основаній не признавать силы за завѣщательнымъ распоряженіемъ, которымъ завѣщатель, предоставивъ недвижимость въ собственность, запретилъ наслѣднику продавать и закладывать ее (кас. рѣш. 1902, № 112). Продажа и залогъ составляютъ акты распоряженія (т. X ч. 1 ст. 541), распоряженіе составляетъ необходимое свойство права собственности (ст. 420), которое можетъ отдѣлиться отъ него только по закону (ст. 542). Отсюда ясно, что такія завѣщанія не могутъ имѣть силы.

Изъ того же положенія вытекаетъ, что завѣщатель не въ правѣ опредѣлять дальнѣйшаго назначенія вещей, переходящихъ по наслѣдству, на случай смерти наслѣдника. Подобныя завѣщанія также встрѣчаются нерѣдко,—въ завѣщаніи указывается преемственно нѣсколько лицъ, къ которымъ должно перейти завѣщаемое имущество. Между тѣмъ, если первый наслѣдникъ пріобрѣлъ право собственности на вещи, вошедшія въ составъ наслѣдства, то ему уже, и никому другому, принадлежитъ распоряженіе судьбою ихъ. Завѣщается домъ въ

пожизненное пользованіе дочери, а если «пойдутъ отъ нея дѣти», то въ собственность ихъ, а все вообще имущество оставляется сыну (кас. рѣш. 1903, № 140). Здѣсь домъ завѣщается въ собственность подъ отмѣнительнымъ условіемъ—передачи его въ собственность дѣтямъ пользовладѣлицы. Понятію права собственности на вещь противорѣчитъ возможность завѣщанія ея со стороны несобственника. Поэтому въ нашемъ законодательствѣ существуетъ постановленіе, запрещающее завѣщателю опредѣлять дальнѣйшій переходъ движимости или недвижимости, на случай смерти перваго наслѣдника (т. X ч. 1 ст. 1011 прим.). Подобное распоряженіе будетъ недѣйствительно, не поражая силы самого завѣщанія.

Этому положенію не противорѣчатъ завѣщанія, содержащія указаніе на лицо, которое должно замѣнить назначеннаго наслѣдника въ случаѣ его смерти до открытія наслѣдства. Завѣщаніе до этого момента представляется субъективнымъ выраженіемъ воли, которое не производитъ еще измѣненія въ юридическихъ отношеніяхъ. Наслѣдникъ, въ силу такого распоряженія, не пріобрѣлъ еще права собственности, и не пріобрѣтетъ его вовсе, если умретъ до открытія наслѣдства. Слѣдовательно, завѣщательное предложеніе обращается, минуя первое указанное лицо, непосредственно къ замѣняющему его, которое и является наслѣдникомъ и пріобрѣтаетъ право собственности прямо отъ завѣщателя. Примѣромъ можетъ служить завѣщаніе, которымъ имущество оставляется женѣ завѣщателя, а въ случаѣ, если она умретъ ранѣе послѣдняго, то сыну ея.

Въ противоположность русскому праву, нѣкоторыя западныя законодательства допускаютъ возможность для завѣщателя назначить преемника наслѣднику, т.-е. опредѣлить порядокъ дальнѣйшаго перехода имущества отъ перваго наслѣдника къ другимъ лицамъ. Такое назначеніе носитъ названіе *субституціи*; хотя подъ это выраженіе подводятъ и указанное выше назначеніе второго наслѣдника на случай, если бы первый не сдѣлался наслѣдникомъ, но это назначеніе, какъ мы сейчасъ видѣли, не представляетъ никакой юридической особенности и возможно у насъ. Субституція въ тѣсномъ значеніи слова примѣняется обыкновенно родителями по отношенію къ своимъ несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ на случай, если они умрутъ, не достигнувъ совершеннолѣтія. Особенно важное значеніе имѣютъ фидеикомиссарныя субституціи. Подъ фидеикомиссомъ понимается завѣщательное распоряженіе, которымъ наслѣднику дается пору-

ченіе передать, на случай своей смерти, завѣщанную движимость или недвижимость другому лицу, также указанному въ завѣщаніи. Фидеикомиссы играютъ громадную роль въ высшемъ общественномъ кругу Англіи, и по этому же своему значенію они запрещены во Франціи со времени первой революціи.

Возможны ли завѣщанія *условныя* и *срочныя?* Наслѣдованіе представляетъ собою измѣненіе субъекта всей массы юридическихъ отношеній, въ которыхъ состояло извѣстное лицо до открытія наслѣдства. Такимъ субъектомъ до принятія наслѣдства со стороны наслѣдника является сама наслѣдственная масса. Поэтому нѣтъ никакихъ препятствій для завѣщательныхъ распоряженій, составляемыхъ подъ условіемъ или съ назначеніемъ срока. Напр., братъ оставляетъ сестрѣ свое имущество, если она выйдетъ замужъ, отецъ завѣщаетъ сыну свое имущество, если онъ окончитъ высшее учебное заведеніе, или—отецъ оставляетъ по завѣщанію имущество сыну съ достиженіемъ имъ 30-лѣтняго возраста. Возможность условныхъ завѣщаній, допускаемыхъ западными законодательствами, признается нашею практикою (кас. рѣш. 1902, № 112) и находитъ основаніе въ отсутствіи запрещенія со стороны нашего законодательства, въ аналогіи съ дареніемъ, которое у насъ сближается, по примѣру французскаго права, съ завѣщательными распоряженіями. Когда дѣло идетъ о завѣщаніи права собственности, то распоряженіе допускаетъ только отлагательное, но не отмѣнительное условіе, потому что право собственности, разъ пріобрѣтенное, не подлежитъ повороту. Поэтому слѣдуетъ признать не имѣющимъ силы такое завѣщательное распоряженіе, которымъ мужъ завѣщаетъ женѣ имѣніе съ тѣмъ, что если она вступитъ въ новый бракъ, то теряетъ завѣщанное, потому что такое условіе противно смыслу закона, выраженнаго въ ст. 1011 т. X ч. 1 (contra кас. рѣш. 1879, № 27). Напротивъ, вполнѣ законно можно завѣщать имущество во временное пользованіе даннаго лица съ тѣмъ, что, по истеченіи опредѣленнаго въ завѣщаніи срока, съ наступленіемъ извѣстнаго условія, временное пользованіе превратится въ собственность этого же лица (кас. рѣш. 1875, № 1073). Условіе и срокъ не примѣнимы у насъ въ отношеніи родовыхъ недвижимостей, потому что право на нихъ принадлежитъ наслѣдникамъ въ силу самого закона. Относительно завѣщаній подъ отлагательнымъ условіемъ можетъ возникнуть сомнѣніе, какова же судьба наслѣдственнаго имущества, если условіе не наступаетъ въ теченіе десяти, двадцати

и болѣе лѣтъ? Законъ не даетъ на этотъ вопросъ никакого отвѣта. За то практика разрѣшила въ положительномъ смыслѣ вопросъ о правѣ наслѣдника лица, въ пользу котораго завѣщанъ условно капиталъ и которое умерло ранѣе наступленія условія, требовать, съ наступленіемъ условія, выдачи завѣщанной суммы; въ завѣщаніи извѣстнаго желѣзно-дорожнаго дѣятеля Полякова было сдѣлано распоряженіе о выдачѣ одному изъ его сотрудниковъ 50.000 рублей, если такая-то желѣзная дорога будетъ продана правительству, а сотрудникъ умеръ за четыре года до выкупа дороги въ казну (кас. рѣш. 1908, № 77). По условному завѣщанію наслѣдственное право пріобрѣтается наслѣдникомъ въ моментъ открытія наслѣдства и съ этого времени способно переходить къ его наслѣдникамъ въ случаѣ его смерти, тогда какъ субъектомъ права собственности и другихъ вещныхъ правъ, требованій и иныхъ правъ, составляющихъ содержаніе наслѣдственнаго права, наслѣдникъ становится только по наступленіи условія.

Въ завѣщаніи могутъ оказаться незаконныя, невозможныя или безнравственныя условія. Одни законодательства, слѣдуя римскому праву, признаютъ такія условія въ завѣщаніи, въ противоположность договорамъ, какъ бы неписанными (франц. код. § 900). Въ объясненіе этого различія въ отношеніи къ такого рода условіямъ слѣдуетъ привести то соображеніе, что помѣщеніе такихъ условій въ договорѣ можетъ быть поставлено въ вину обоимъ контрагентамъ, которые имѣли возможность обсудить и исключить ихъ, тогда какъ въ завѣщаніи подобныя условія попали по волѣ одного завѣщателя безъ участія лица, назначеннаго наслѣдникомъ, которому приходится принимать предложеніе въ томъ видѣ, какъ оно сдѣлано, безъ возможности измѣненій; при недѣйствительности договорной сдѣлки дѣло поправимо новою сдѣлкою, тогда какъ при недѣйствительности завѣщанія воля завѣщателя не найдетъ себѣ осуществленія. Напротивъ, другія законодательства, какъ германское, не находятъ основаній для такого различія и обсуждаютъ силу подобныхъ условій, внесенныхъ въ завѣщаніе такъ же, какъ и условій, внесенныхъ въ договорныя сдѣлки.

Завѣщаніе, какъ законное объявленіе воли, предполагаетъ, что содержаніе его находится въ соотвѣтствіи съ требованіями закона. Между тѣмъ каждое почти завѣщаніе содержитъ въ себѣ не одно, а нѣсколько распоряженій. Возможно, что изъ всѣхъ находящихся въ завѣщаніи распоряженій только нѣко-

торыя окажутся въ противорѣчіи съ законами, тогда какъ другія находятся въ соотвѣтствіи. Спрашивается, какова *судьба незаконныхъ распоряженій*, какъ отразится недѣйствительность ихъ на законныхъ? Нашъ законъ постановляетъ, что, если въ завѣщаніи допущены распоряженія, законамъ противныя, то эти распоряженія недѣйствительны, но при этомъ всѣ другія распоряженія, законамъ не противныя, остаются въ своей силѣ (т. X ч. 1 ст. 1029). Но это правило примѣнимо только тогда, когда распоряженія завѣщателя не состоятъ между собою во взаимной связи, такъ что возможно отдѣлить одно отъ другого и исполнить каждое въ отдѣльности. Если же воля завѣщателя выразилась въ такомъ распоряженіи, которое въ одной своей части законно, а въ другой, неразрывно связанной съ первою, незаконно, тогда завѣщательное распоряженіе разрушается въ цѣломъ своемъ составѣ, а не въ одной только его части (кас. рѣш. 1909, № 101). Такъ, напр., завѣщатель оставляетъ: 1) свое недвижимое имѣніе внуку, 2) дочерямъ своимъ движимость и 3) сверхъ того, взамѣнъ слѣдующихъ имъ частей изъ имѣнія, обязываетъ внука уплатить своимъ теткамъ по 5000 рублей. Дочери завѣщателя опровергли первое изъ этихъ распоряженій, доказавъ, что предоставленное внуку имѣніе родовое,—вмѣстѣ съ опроверженіемъ перваго пункта отпадаетъ и третій, потому что онъ обусловленъ первымъ (кас. рѣш. 1878, № 235).

V. Форма завѣщанія. Внѣшнимъ условіемъ дѣйствительности завѣщаній является соблюденіе установленной формы. Формальныя требованія со стороны закона по отношенію къ завѣщанію превышаютъ требованія, обращаемыя къ другимъ сдѣлкамъ. Объясненіе и оправданіе этому явленію заключается въ отсутствіи носителя воли въ то время, когда она пріобрѣтаетъ юридическое значеніе. Необходимо удостовѣреніе подлинности воли завѣщателя и тождественности ея содержанія. Это можетъ быть достигнуто только предписаніемъ обязательнаго соблюденія установленной формы подъ страхомъ недѣйствительности самаго завѣщанія. Въ самомъ дѣлѣ, мы видимъ, что всегда и всюду обычай и законъ относятся весьма строго къ соблюденію формы завѣщанія.

Первоначальная словесная форма всюду скоро смѣняется письменною подъ вліяніемъ римскаго права. Однако, несмотря на то, что завѣщательное право у западныхъ народовъ развилось подъ вліяніемъ церкви, которая въ этомъ случаѣ сама обра-

щалась къ указаніямъ римскаго права, римская форма завѣщанія не получила распространенія. Большое количество свидѣтелей, требуемыхъ римскимъ правомъ, всегда представлялось стѣснительнымъ. Сама церковь пришла на помощь жизни и авторитетъ римскаго права устранила авторитетомъ Евангелія. Примѣняясь къ словамъ: «если же не послушаетъ, возьми съ собою еще одного или двухъ, дабы устами двухъ или трехъ свидѣтелей подтвердилось всякое слово» (Ев. отъ Матвѣя гл. XVIII ст. 16), церковь считала излишнимъ требованіе 5 или 7 свидѣтелей. Въ XII столѣтіи папа Александръ III санкціонировалъ окончательно новую практику. Съ того времени въ западныхъ законодательствахъ борются между собой эти начала, церковное и римское.

Дѣйствующее французское право, не допуская словесныхъ завѣщаній, устанавливаетъ (§ 969) три общія формы завѣщаній: 1) Собственноручное завѣщаніе (testament olographe) должно быть написано и подписано все рукою самого завѣщателя. 2) Публичное завѣщаніе составляется въ присутствіи 2 нотаріусовъ и 2 свидѣтелей или одного нотаріуса и 4 свидѣтелей. 3) Тайное завѣщаніе совершается такимъ образомъ: завѣщатель въ присутствіи нотаріуса и 6 свидѣтелей запечатываетъ свое завѣщаніе, содержаніе котораго имъ остается неизвѣстнымъ; нотаріусъ и свидѣтели подписываются на конвертѣ. Въ Германіи формальныя условія завѣщаній представлялись въ прежнее время весьма разнообразными. Здѣсь очень распространена была судебная форма, состоявшая въ томъ, что завѣщатель объявлялъ передъ судомъ свою волю, которая заносилась въ протоколъ или же представлялъ суду написанное уже завѣщаніе и вручалъ его суду, какъ содержавшее его, завѣщателя, волю. Домашняя форма завѣщаній была мало принята въ Германіи. Поэтому проектъ германскаго гражданскаго уложенія допускалъ, за нѣкоторыми исключеніями, только публичную форму завѣщаній. Но въ рейхстагѣ проектъ подвергся измѣненію и допущена была домашняя форма. Въ настоящее время германское право устанавливаетъ слѣдующія формы завѣщаній (§ 2231): 1) домашнее собственноручное завѣщаніе, 2) публичное завѣщаніе, составляемое или передъ судомъ или у нотаріуса, причемъ завѣщатель или устно изъявляетъ свою волю или подаетъ письменный актъ, заявляя, что актъ содержитъ его завѣщательное распоряженіе. Въ Англіи, по закону 1837 года, завѣщаніе (will) должно быть написано собственноручно за-

вѣщателемъ или другимъ лицомъ по его порученію; затѣмъ завѣщаніе должно быть удостовѣрено подписью двоихъ свидѣтелей и скрѣплено подписью самого завѣщателя. Никакой иной общей формы, въ частности нотаріальной или судебной, англійское право не знаетъ. Одно только австрійское право тому, кто не можетъ или не хочетъ составить письменнаго завѣщанія, предоставляетъ выразить свою завѣщательную волю устно (§ 584). Швейцарскій кодексъ допускаетъ также устное завѣщаніе, но только въ состояніи крайней необходимости, въ виду смертельной опасности, эпидеміи, войны (§ 506).

Въ нашемъ законодательствѣ установлены также различныя формы завѣщаній. Прежде всего различаются: a) общія и b) особенныя формы, при чемъ послѣднія, являясь исключеніемъ изъ первыхъ, допускаются только въ указанныхъ закономъ случаяхъ и при наличности опредѣленныхъ условій. Затѣмъ различаются: a) натаріальная и b) домашняя форма, смотря по тому, составляются ли завѣщанія при участіи органовъ общественной власти или безъ нихъ. Но во всякомъ случаѣ форма завѣщаній должна быть непремѣнно письменной; словесныя завѣщанія и такъ называемыя изустныя памяти никакой силы не имѣютъ (т. X ч. 1 ст. 1023). Слѣдовательно, недѣйствительны будутъ даже ссылки на словесныя распоряженія. Слѣдуетъ полагать, что завѣщаніе, какъ строго формальный актъ, не можетъ быть доказываемо свидѣтелями даже и въ томъ случаѣ, когда завѣщаніе утрачено вслѣдствіе внезапнаго бѣдствія, напр., пожара, но существованіе и содержаніе его могло бы быть доказано, кромѣ показанія свидѣтелей, и другими доказательствами, какъ это допускается по отношенію къ другимъ актамъ (уст. гражд. суд. ст. 409 п. 2).

A. Общая форма завѣщаній, разсчитанная на обыкновенные случаи, когда нѣтъ исключительныхъ обстоятельствъ, представляется въ двухъ видахъ,—нотаріальныя и домашнія завѣщанія.

1. *Нотаріальныя завѣщанія* совершаются не иначе, какъ въ личномъ присутствіи самого завѣщателя, въ конторѣ нотаріуса или на дому у завѣщателя въ случаѣ болѣзни или другихъ уважительныхъ причинъ (т. X ч. 1 ст. 1036, пол. нот. части, ст. 114). Нотаріальное завѣщаніе совершается не иначе, какъ въ личномъ присутствіи самого завѣщателя (т. X ч. 1 ст. 1036[1]). При совершеніи нотаріальнаго завѣщанія должны находиться три свидѣтеля, которые могутъ удостовѣрить и са-

моличность завѣщателя (т. X ч. 1 ст. 1037). Свидѣтелями, кромѣ лицъ, не допускаемыхъ въ свидѣтели нотаріальныхъ актовъ вообще (пол. нотар. ст. 87), не могутъ быть также и тѣ, которые не допускаются въ свидѣтели домашнихъ завѣщаній (т. X ч. 1 ст. 1038). Проектъ завѣщанія изготовляется или завѣщателемъ или нотаріусомъ и прочитывается послѣднимъ. По изъявленіи со стороны завѣщателя согласія на изложеніе акта, проектъ вносится въ актовую книгу и снова прочитывается въ присутствіи свидѣтелей. Послѣ этого актъ подписывается въ книгѣ завѣщателемъ и свидѣтелями (пол. нот. части стт. 88, 95, 96, 104, 112). Подлиннымъ нотаріальнымъ завѣщаніемъ признается завѣщаніе, внесенное въ актовую книгу. По подписаніи его въ этой книгѣ, завѣщателю немедленно выдается выпись. Выпись вручается при свидѣтеляхъ, которые удостовѣряютъ за своею подписью въ реестрѣ нотаріуса, вслѣдъ за росписью завѣщателя. Выпись, выданная завѣщателю, равносильна подлинному завѣщанію. Но въ случаѣ спора о несходствѣ между этими двумя документами преимущество отдается подлинному, если въ немъ не окажется, въ спорныхъ статьяхъ, подчистокъ или поправокъ, надлежащимъ образомъ не оговоренныхъ (т. X ч. 1 стт. 1039 и 1041). Вторичная и послѣдующія выписи нотаріальнаго завѣщанія, при жизни завѣщателя, могутъ быть выдаваемы только ему самому, или его повѣренному, снабженному законною довѣренностью (т. X ч. 1 ст. 1042).

Преимущество нотаріальной формы передъ домашнею состоитъ въ томъ, что противъ подлинности нотаріальныхъ завѣщаній можетъ быть предъявленъ только споръ о подлогѣ; заявленіе лишь сомнѣнія въ подлинности этихъ актовъ не допускается. Завѣщаніе, не признанное въ силѣ нотаріальнаго, не теряетъ силы домашняго, если въ составленіи его не нарушены правила, установленныя для домашнихъ завѣщаній (т. X ч. 1 стт. 1035^{1} и 1035^{2}).

2. *Домашнія завѣщанія*, составляемыя безъ участія органовъ власти, возбуждаютъ меньшее довѣріе къ себѣ, и потому законодательства обставляютъ ихъ строгими формальными требованіями. Лучшимъ удостовѣреніемъ подлинности воли служитъ завѣщаніе, написанное и подписанное рукою самого завѣщателя. Такія завѣщанія дѣйствительно признаются въ полной силѣ нѣкоторыми западными законодательствами. Такія завѣщанія допускаются по нашимъ мѣстнымъ законодательствамъ,

такъ, въ Царствѣ Польскомъ, подъ именемъ собственноручнаго (§ 969), въ Остзейскихъ губерніяхъ (§ 2073, впрочемъ § 2061), въ Финляндіи (Улож. гл. XVI, § 1). Но русское право собственноручныхъ завѣщаній не допускаетъ. Для людей интеллигентныхъ такое устраненіе этой формы является, конечно, стѣснительнымъ. Зато русская форма домашняго завѣщанія, близкая къ англійской, составляетъ облегченіе для тѣхъ, кто не желаетъ или не можетъ прибѣгнуть къ помощи нотаріуса или суда, а хотѣлъ бы въ послѣднюю минуту, въ кругу близкихъ, составить завѣщаніе.

Лучшею гарантіею подлинности воли завѣщателя и удостовѣреніемъ нормальности его способности представляется, съ точки зрѣнія закона, привлеченіе свидѣтелей. Количество свидѣтелей, необходимое для домашняго завѣщанія, неодинаково: ихъ должно быть по общему правилу три, но, по исключенію, ихъ можетъ быть только два, а именно, a) когда завѣщаніе написано собственноручно завѣщателемъ и b) когда въ числѣ свидѣтелей находится духовникъ завѣщателя, но не другой какой-либо священникъ (т. X ч. 1 ст. 1048 и 1051). Свидѣтелями при завѣщаніи не могутъ быть: α) лица, въ пользу которыхъ составляется завѣщаніе; β) родственники этихъ лицъ до четвертой степени включительно и свойственники до третьей степени, если завѣщаніе дѣлается не въ пользу прямыхъ наслѣдниковъ, вполнѣ или хотя частью; γ) душеприказчики и опекуны, назначенные по духовному завѣщанію; δ) тѣ, которые по закону не имѣютъ права сами завѣщать, кромѣ монашествующихъ; ε) всѣ тѣ, кто по общимъ законамъ не допускаются къ свидѣтельству по гражданскимъ дѣламъ (т. X ч. 1 ст. 1054). Относительно первой группы возбуждается вопросъ, могутъ ли быть свидѣтелями при завѣщаніи наслѣдники по закону, если завѣщаніе составлено въ ихъ пользу. Кажется, слѣдуетъ отвѣтить утвердительно, потому что недѣйствительность завѣщанія послужила бы имъ только на пользу. Если въ завѣщаніи наслѣдникомъ или легатаріемъ назначается юридическое лицо, то члены его не могутъ быть свидѣтелями, если они матеріально заинтересованы въ содержаніи завѣщанія, напр. когда завѣщаніе составлено въ пользу церковнаго причта (а не церкви), въ пользу артели, и, напротивъ, могутъ быть свидѣтелями, если они только морально заинтересованы, напр. ректоръ при завѣщаніи въ пользу университета, члены управы при завѣщаніи въ пользу земства или города. Относитель-

но второй группы сомнѣніе возбуждаетъ участіе въ качествѣ свидѣтеля супруга назначеннаго наслѣдника (ст. 371, п. 4 уст. гражд. суд. здѣсь непримѣнима), усыновителя или усыновленнаго, которые подлежали бы устраненію какъ заинтересованные лично. При всей цѣлесообразности такого устраненія нельзя создавать категоріи недопустимыхъ свидѣтелей безъ указанія закона. При участіи въ качествѣ свидѣтелей опекуна или душеприказчика, слѣдуетъ признать послѣдствіемъ ихъ участія недѣйствительность завѣщанія, а не устраненіе этихъ лицъ отъ возложенныхъ на нихъ по завѣщанію обязанностей. Относительно послѣдней группы слѣдуетъ замѣтить, что поводы къ устраненію отъ свидѣтельства опредѣляются не старыми процессуальными законами (т. XVI ч. 2 ст. 191), напр., явные прелюбодѣи, публично за преступленія наказанные, испортившіе межевые знаки и т. п., а уставомъ гражданскаго судопроизводства, который къ числу такихъ опороченныхъ свидѣтелей относитъ отлученныхъ отъ церкви по приговору духовнаго суда (т. XVI ч. 1 ст. 371). Вопреки мнѣнію практики (кас. рѣш. 1872, № 275), свидѣтелемъ при составленіи завѣщанія можетъ быть и неграмотное лицо, за котораго подпись дѣлается особымъ лицомъ (т. X ч. 1 ст. 1048). Отъ свидѣтельства не устраняются лица женскаго пола (исключеніе для Черниговской и Полтавской губ. т. X ч. 1 ст. 1055).

Подпись свидѣтелей удостовѣряетъ только: а) *подлинность воли*, т.-е. что лицо, предъявившее имъ завѣщаніе, есть точно то самое лицо, которымъ завѣщаніе сдѣлано и подписано; b) *сознательность воли*, т.-е. что при предъявленіи имъ завѣщанія они всѣ лично завѣщателя видѣли и нашли его въ здравомъ умѣ и твердой памяти (т. X ч. 1 ст. 1050). Отсюда обнаруживается, что содержаніе завѣщанія можетъ остаться неизвѣстнымъ для свидѣтелей: завѣщатель не обязанъ давать имъ прочитывать написанное, а свидѣтели не обязаны удостовѣряться въ содержаніи его воли. Отсюда же слѣдуетъ, что нѣтъ необходимости, чтобы завѣщаніе было составлено въ присутствіи свидѣтелей, или чтобы подпись ихъ всѣхъ была одновременная. Но завѣщаніе должно быть предъявлено имъ лично завѣщателемъ, иначе они не въ состояніи утверждать подлинности. Поэтому-то безусловно неправильно разсылать завѣщаніе свидѣтелямъ для подписки на домъ, какъ это нерѣдко практикуется въ жизни (кас. рѣш. 1906, № 102). Цѣль завѣщательнаго свидѣтельства приводитъ къ признанію неправильности

подписи свидѣтелей, сдѣланной въ серединѣ текста, хотя Сенатъ и допускаетъ таковую (кас. рѣш. 1894, № 38), потому что свидѣтели не могутъ удостовѣрять сознательности приписаннаго завѣщателемъ послѣ сдѣланной ими подписи.

Завѣщаніе должно быть подписано завѣщателемъ, причемъ достаточна его фамилія, а имя и отчество несущественны (т. X ч. 1 ст. 1047, не смотря на ст. 1046). Если завѣщаніе написано не самимъ завѣщателемъ, а другимъ лицомъ, то, сверхъ подписи завѣщателя, должна быть подпись того, кто писалъ завѣщаніе (переписчикъ), а если завѣщатель неграмотный, то и подпись того лица, которое за него подписалось (рукоприкладчикъ). Переписчикомъ будетъ какъ тотъ, кто переписалъ съ черновика завѣщаніе, составленное самимъ завѣщателемъ, такъ и тотъ, кто написалъ завѣщаніе подъ диктовку завѣщателя, даже тотъ, кто составитъ завѣщаніе по мысли, данной ему завѣщателемъ. Соединеніе въ одномъ лицѣ переписчика, рукоприкладчика и свидѣтеля воспрещается, и потому переписчикъ завѣщанія не можетъ быть ни рукоприкладчикомъ за завѣщателя, ни свидѣтелемъ при завѣщаніи, ни рукоприкладчикомъ за свидѣтеля; равнымъ образомъ рукоприкладчикъ за завѣщателя не можетъ быть свидѣтелемъ при завѣщаніи или рукоприкладчикомъ за свидѣтеля (т. X ч. 1 ст. 1048). Слѣды участія переписчика въ составленіи завѣщанія выражаются не только въ его почеркѣ, но и въ требуемой нашимъ закономъ подписи переписчика на самомъ завѣщаніи (т. X ч. 1 ст. 1048). Важность этого требованія обнаруживается изъ того, что завѣщанія безъ подписи переписчиковъ не принимаются къ утвержденію, если только переписчикъ не явится самъ въ судъ и не подтвердитъ свое участіе (т. X ч 1 ст. 1049),— условіе крайне тяжелое, потому что переписчикъ къ тому времени можетъ и умереть, а часто его трудно найти. Насколько судебная практика относится строго къ этому условію, можно видѣть изъ того, что Сенатъ не призналъ дѣйствительности завѣщанія, написаннаго рукой писаря станичнаго правленія, который подписался на завѣщаніи не въ качествѣ переписчика, а въ качествѣ должностного лица, удостовѣрившаго внесеніе завѣщательнаго акта въ книгу сдѣлокъ и договоровъ (кас. рѣш. 1908, № 17).

Кромѣ указанныхъ, законъ устанавливаетъ и другія мѣры, направленныя къ предупрежденію обмана и подлога завѣщательной воли. Завѣщаніе не должно быть написано на отрыв-

кахъ листа или на клочкахъ бумаги: домашнее завѣщаніе можетъ быть написано на простой бумагѣ, всякаго формата и размѣра, не исключая и почтовой, лишь бы бумага эта, состоя изъ двухъ полныхъ половинокъ, составляла цѣлый листъ (т. X ч. 1 ст. 1045). Только мусульманамъ, жителямъ Закавказья, почему-то дѣлается льгота: они могутъ писать завѣщанія и на одной половинѣ цѣлаго листа или полу-листа. Если завѣщаніе написано было на цѣломъ листѣ, а впослѣдствіи будетъ оторвана часть неисписанной страницы, то, по мнѣнію Сената, это обстоятельство не подрываетъ силы завѣщанія (кас. рѣш. 1880, № 269). Въ другомъ случаѣ Сенатъ на признанъ дѣйствительнымъ завѣщаніе, написанное на оторванномъ отъ цѣлаго листа полу-листѣ бумаги, который не былъ сложенъ такъ, чтобы, состоя изъ двухъ половинокъ, могъ представлять изъ себя самостоятельный цѣлый листъ (кас. рѣш. 1910, № 19). Духовныя завѣщанія, написанныя на нѣсколькихъ листахъ не рукой завѣщателя, должны быть скрѣплены по листамъ завѣщателемъ или рукоприкладчикомъ (т. X ч. 1 ст. 1046^{2}), откуда слѣдуетъ, что завѣщанія, писанныя собственноручно завѣщателемъ, не требуютъ скрѣпы. Скрѣпою называется надпись, которая дѣлается на каждомъ изъ нѣсколькихъ листовъ, составляющихъ въ совокупности завѣщаніе, и которая состоитъ въ имени, отчествѣ, фамиліи скрѣпляющаго, съ условіемъ чтобы на каждомъ листѣ (а не на страницѣ) было не менѣе цѣлаго слова. Нѣтъ препятствій къ тому, чтобы домашнее завѣщаніе было написано на пишущей машинѣ, а не перомъ,—карандашомъ, а не чернилами. Выборъ языка предоставленъ вполнѣ усмотрѣнію завѣщателя. Описки, подчистки и поправки должны быть оговорены въ подписи завѣщателя; безъ того описки, подчистки, поправки и приписки, учиненныя постороннимъ лицомъ, признаются ничтожными, тогда какъ сдѣланныя рукою завѣщателя признаются вполнѣ дѣйствительными (т. X ч. 1 ст. 1046^{1}).

Домашнее завѣщаніе, по его составленіи, можетъ храниться у самого завѣщателя или ввѣряется сбереженію другого лица, но можетъ быть отдано на храненіе органу публичной власти, чаще всего нотаріусу (т. X ч. 1 ст. 1043), а также въ опекунскій совѣтъ учрежденій Императрицы Маріи или въ отдѣленіе канцеляріи Совѣта Человѣколюбиваго Общества или въ попечительный комитетъ этого общества (т. X ч. 1 ст. 1058). Нотаріусъ выдаетъ росписку въ полученіи завѣщанія на хра-

неніе или составляетъ, вмѣсто того, нотаріальный актъ о принятіи документа (пол. нотар. части стт. 148—153).

В. Въ противоположность этимъ общимъ формамъ, наше законодательство допускаетъ, взамѣнъ ихъ, особенныя завѣщанія, въ виду исключительной обстановки, среди которой приходится составлять завѣщаніе.

1. *Военно - походныя завѣщанія* допускаются, когда войска находятся въ походѣ за границею, для военныхъ чиновниковъ и другихъ лицъ, служащихъ при арміи, но не для поставщиковъ или корреспондентовъ. Завѣщанія эти совершаются или являются въ военно-походныхъ канцеляріяхъ. Такія завѣщанія могутъ быть составляемы только за границею, слѣдовательно, если военная база русской арміи открывается въ предѣлахъ русской территоріи, завѣщанія могутъ быть составляемы только въ общемъ порядкѣ. Такія завѣщанія получаютъ силу нотаріальныхъ (т. X ч. 1 ст. 1071) и сохраняютъ ее, сколько бы времени ни прошло отъ конца похода, тогда какъ иныя законодательства, упрощающія завѣщательную форму для военнаго времени, устанавливаютъ краткій срокъ отъ конца войны, въ теченіе котораго упрощенное завѣщаніе сохраняетъ силу и по истеченіи котораго оно должно быть замѣнено обыкновеннымъ. Если законъ нашъ предполагаетъ въ походѣ упрощенную нотаріальную форму, это не значитъ, конечно, чтобы устранялась возможность воспользоваться обыкновенной домашней формой.

2. *Военно-морскія завѣщанія* составляются на кораблѣ. Сдѣланныя на военномъ кораблѣ или на другомъ казенномъ суднѣ во время похода, т.-е. въ въ военное время, и отданныя на сохраненіе корабельному начальству получаютъ силу нотаріальныхъ, если составлены съ вѣдома (?) этого начальства (т. X ч. 1 ст. 1072; ср. Code Nap. § 988, нынѣ отмѣненный). Завѣщанія, составленныя на купеческомъ кораблѣ, не пріобрѣтаютъ нотаріальной силы, а слѣдовательно никакими особенностями не отличаются.

3. *Военно-госпитальныя завѣщанія* допускаются въ госпиталяхъ военныхъ, сухопутныхъ и морскихъ. По желанію больныхъ офицеровъ или нижнихъ чиновъ, завѣщанія ихъ подписываются госпитальнымъ священникомъ, дежурнымъ врачемъ или ординаторомъ и дежурнымъ офицеромъ. Въ другихъ госпиталяхъ, гдѣ нѣтъ дежурныхъ офицеровъ, вмѣсто нихъ завѣщаніе должно быть подписано смотрителемъ госпиталя (т. X ч. 1

ст. 1081). Такъ какъ завѣщаніе, составляемое въ больницѣ, считается дѣйствительнымъ только при участіи означенныхъ лицъ и такъ какъ такому завѣщанію не присваивается нотаріальная сила (т. X ч. 1 ст. 1035[1]), то особенность такого порядка состоитъ не въ облегченіи, а въ затрудненіи завѣщателя, такъ какъ его завѣщаніе было бы и безъ того дѣйствительно при такомъ количествѣ свидѣтелей, но зато онъ лишенъ права выбора. Конечно, облегченіе можно усматривать въ томъ, что такое завѣщаніе не нуждается въ подписи завѣщателя, въ данномъ случаѣ больного, но тотъ же результатъ получился бы при обыкновенномъ домашнемъ завѣщаніи, если бы завѣщатель воспользовался содѣйствіемъ рукоприкладчика. Поэтому надо признать, что для больныхъ не устраненъ общій порядокъ составленія завѣщаній домашнихъ и нотаріальныхъ, насколько нотаріусу обезпеченъ доступъ къ больному. Такъ какъ законъ прибавляетъ, что подобнымъ же образомъ составляются духовныя завѣщанія и въ другихъ госпиталяхъ публичныхъ, то можно было бы подумать, что особая завѣщательная форма должна быть примѣняема и ко всѣмъ общественнымъ больницамъ; по идеѣ происхожденія особенной формы слѣдуетъ полагать, что она ограничивается военными госпиталями. Составленіе завѣщаній въ этой формѣ, по смыслу закона, предполагаетъ, что завѣщатель лицо военное, и потому лицо, попавшее въ госпиталь случайно, напр., во время холеры, не входитъ въ разрядъ лицъ, предусмотрѣнныхъ закономъ. Госпитальныя завѣщанія, какъ особая форма, имѣли бы оправданіе, если бы составленіе ихъ было пріурочено къ военному времени, но законъ такого ограниченія не дѣлаетъ.

4. *Заграничныя завѣщанія*, домашнія, могутъ быть совершаемы русскимъ подданнымъ за границею, по обряду той страны, гдѣ они будутъ написаны, съ надлежащею явкою въ русскомъ консульствѣ (т. X ч. 1 ст. 1077). Изъ послѣднихъ словъ закона, очевидно, что завѣщанія должны быть непремѣнно совершаемы въ письменной формѣ, хотя бы по законамъ той страны и допускались словесныя завѣщанія (кас. рѣш. 1875, № 749). Только для приданія завѣщанію нотаріальной силы необходима явка его въ русской миссіи или консульствѣ (т. X ч. 1 ст. 1078). Законъ возбуждаетъ рядъ сомнѣній. а) Можетъ ли русскій подданный составить за границею домашнее завѣщаніе, примѣнительно къ формѣ, установленной мѣстными законами для непубличныхъ завѣщаній,

слѣдовательно безъ явки въ консульство или миссію? Этотъ вопросъ разрѣшается ст. 464 и 707 уст. гражд. суд., которыми актъ, составленный за границею по существующимъ тамъ законамъ, хотя бы и несходно съ обрядомъ совершенія такихъ актовъ въ Россіи, признается въ полной силѣ законнымъ. Такова точка зрѣнія и Сената (кас. рѣш. 1906, № 108). b) Можетъ ли русскій подданный составить за границею домашнее завѣщаніе примѣнительно къ формѣ, установленной русскими законами, слѣдовательно, опять-таки безъ явки и несходно съ требованіями мѣстныхъ законовъ, напр., во Франціи не собственноручно? Слѣдуетъ полагать, что въ силу принципа locus regit actum русскій подданный пріобрѣтаетъ право составить завѣщаніе и по мѣстнымъ законамъ, но безъ потери права составить актъ по отечественнымъ законамъ, если обсужденіе этого акта падаетъ на русскій судъ. Явка же въ консульство необходима только въ томъ случаѣ, если завѣщатель желаетъ придать своему завѣщанію нотаріальную силу. c) Можетъ ли русскій подданный составить за границею завѣщаніе, имѣющее силу нотаріальнаго, примѣняясь къ формѣ, установленной мѣстными законами для публичныхъ завѣщаній, слѣдовательно, минуя явку въ консульство? Порядкомъ, установленнымъ въ ст. 1077 т. X ч. 1 русскому подданному, можетъ быть, не владѣющему иностраннымъ языкомъ, открывается возможность за границею придать своему завѣщанію нотаріальную силу путемъ явки въ русское консульство, однако, это не значитъ, чтобы русскій подданный не могъ воспользоваться тою формою, какая установлена мѣстными законами для публичныхъ завѣщаній, и чтобы русскіе суды не признали публичнаго характера за завѣщаніемъ, составленнымъ во Франціи при участіи нотаріусовъ, въ Германіи при участіи суда. Послѣдній выводъ является наиболѣе спорнымъ.

5. *Крестьянскія завѣщанія* сельскихъ обывателей совершаются въ волостномъ правленіи, если завѣщаемое имущество цѣною не свыше 100 руб., хотя Сенатъ не считаетъ возможнымъ признавать недѣйствительными завѣщанія и на большую сумму (кас. рѣш. 1886, № 61). Завѣщательная воля должна быть объявлена словесно самимъ завѣщателемъ въ волостномъ правленіи, въ присутствіи членовъ его и не менѣе двухъ свидѣтелей. Послѣ такого объявленія завѣщаніе записывается въ книгу сдѣлокъ и договоровъ. Подъ этою записью сперва подписываются завѣщатель и свидѣтели, въ случаѣ же неграмот-

ности ихъ другія, по ихъ просьбѣ, лица, а потомъ и бывшіе при явкѣ завѣщанія члены волостного правленія, изъ которыхъ неграмотные прикладываютъ свои должностныя печати. Затѣмъ выдается завѣщателю точная со всего, что вписано въ книгу, выпись за подписью всѣхъ наличныхъ членовъ волостного правленія и за печатью его. Выписи эти имѣютъ, въ случаѣ спора, силу судебнаго доказательства воли завѣщателя, если не удостовѣрена ихъ подложность (т. IX, общ. пол. ст. 110 прим. 2). Отсюда видно, что законъ присваиваетъ такимъ завѣщаніямъ силу нотаріальныхъ, но не больше, какъ думаетъ Сенатъ, который готовъ допустить ихъ къ исполненію безъ представленія суду къ утвержденію (кас. рѣш. 1884, № 64). Но затѣмъ возникаютъ дальнѣйшіе вопросы. Можетъ ли крестьянинъ составить завѣщаніе не по особенной, а по общей формѣ? Слѣдуетъ полагать, что особенная форма завѣщанія, установленная для сельскихъ обывателей, есть лишь возможная, для облегченія ихъ, а не обязательная, съ исключеніемъ, въ ущербъ имъ, общихъ формъ. Эта возможность должна быть признана не только за крестьянами, живущими внѣ своего селенія, но и за крестьянами въ немъ пребывающими. Въ самомъ дѣлѣ, законъ (ст. 13 особ. прил. къ т. IX) говоритъ, что «въ порядкѣ наслѣдованія» мѣстные обычаи отстраняютъ общіе гражданскіе законы, но не въ формѣ завѣщательныхъ распоряженій. Притомъ, Сенатъ отвергаетъ тотъ взглядъ, чтобы крестьяне, имѣющіе осѣдлость не въ предѣлахъ своего надѣла, не могли даже въ порядкѣ наслѣдованія пользоваться правами, предоставленными всѣмъ остальнымъ жителямъ Имперіи (кас. рѣш. 1905, № 53). Поэтому надо признать, что крестьянинъ можетъ составить какъ домашнее, такъ и нотаріальное завѣщаніе, по общимъ правиламъ, если не хочетъ пользоваться особенною формою. Другой вопросъ, не можетъ ли крестьянинъ, ссылаясь на мѣстные обычаи, допускающіе словесное завѣщаніе, воспользоваться этою формою вопреки закону, запрещающему изустныя памяти (т. X ч. 1 ст. 1023). Этотъ вопросъ слѣдуетъ разрѣшить отрицательно, потому что законъ отсылаетъ къ мѣстнымъ обычаямъ только по вопросу о порядкѣ наслѣдованія, а не по вопросу о формѣ завѣщанія.

6. *Вдовьи завѣщанія*, т.-е. вдовъ, живущихъ въ петербургскомъ и московскомъ вдовьихъ домахъ, признаются дѣйствительными, если они засвидѣтельствованы священникомъ дома, смотрителемъ и врачемъ. Тому же порядку подчиняются за-

вѣщанія дѣвицъ, призрѣваемыхъ въ петербургскомъ домѣ призрѣнія бѣдныхъ дѣвицъ благороднаго званія. Впрочемъ послѣднимъ не возбраняется писать завѣщанія на основаніи общихъ узаконеній (т. X ч. 1 ст. 1082). Завѣщаніямъ тѣхъ и другихъ лицъ законъ не присваиваетъ нотаріальной силы.

VI. Отмѣна и измѣненіе завѣщанія. Завѣщаніе можетъ быть измѣнено или отмѣнено завѣщателемъ во всякое время до момента наступленія событія, съ которымъ связывается открытіе наслѣдства. Никакія обѣщанія и даже обязательства завѣщателя не мѣнять сдѣланнаго завѣщанія не могутъ имѣть юридическаго значенія (кас. рѣш. 1889, № 66). Всѣ завѣщанія, какъ въ цѣломъ ихъ составѣ, такъ и въ частяхъ, могутъ быть перемѣняемы по усмотрѣнію завѣщателя (т. X ч. 1 ст. 1030). Измѣненіе воли завѣщателя можетъ повлечь за собою измѣненіе завѣщанія въ смыслѣ отмѣны части его или дополненія, или совершенную отмѣну его, уничтоженіе первой воли.

Воля, отмѣняющая составленное завѣщаніе, можетъ найти себѣ непосредственное выраженіе или обнаружиться въ такихъ дѣйствіяхъ, изъ которыхъ можно заключить о содержаніи воли. 1) Непосредственная отмѣна можетъ заключаться: a) въ особомъ актѣ, спеціально предназначенномъ служить удостовѣреніемъ отмѣняющей воли. Такой актъ, способный уничтожить всякое завѣщаніе, и потому называемый по закону нашему «уничтоженіемъ», долженъ быть совершенъ нотаріальнымъ порядкомъ. Въ видѣ льготы, допускается, въ случаѣ нахожденія завѣщателя въ походѣ или въ откомандировкѣ, возможность отмѣны завѣщанія письменнымъ донесеніемъ о томъ начальству (т. X ч. 1 ст. 1030). b) Такая же отмѣна можетъ быть произведена новымъ завѣщаніемъ, въ которомъ завѣщатель заявляетъ объ отмѣнѣ прежняго. 2) Посредственная, молчаливая отмѣна завѣщанія можетъ произойти: a) посредствомъ уничтоженія домашняго завѣщанія, или порчи его путемъ перечеркиванія или разрыва, хотя бы содержаніе его стало извѣстно тѣмъ лицамъ, въ пользу которыхъ оно было составлено; b) составленіемъ новаго завѣщанія, въ которомъ, — хотя и не упоминается объ отмѣнѣ,—содержаніе не соотвѣтствуетъ прежнимъ распоряженіямъ; c) наконецъ, такое же послѣдствіе влечетъ за собою отчужденіе той самой вещи, предоставленіе которой составляло содержаніе завѣщательнаго распоряженія, напр., продажа завѣщаннаго дома (т. X ч. 1 ст. 533[13]).

Отсюда обнаруживается возможность существованія нѣсколькихъ завѣщаній, въ которыхъ послѣдовательно выразилась воля одного и того же лица. Притомъ эта воля можетъ выразиться въ одинаковой формѣ или въ разной. 1) Если одно лицо составило нѣсколько завѣщаній, всѣ въ нотаріальной формѣ или всѣ въ домашней, то взаимное отношеніе ихъ опредѣляется временемъ: завѣщаніе послѣдующее отмѣняетъ силу завѣщанія предшествующаго. 2) Если одно лицо составило нѣсколько завѣщаній, изъ которыхъ одно совершено въ нотаріальной формѣ, а другое въ домашней, то законъ отдаетъ преимущество, независимо отъ времени ихъ составленія, публичному, какъ внушающему болѣе довѣрія. Завѣщаніе нотаріальное не можетъ быть отмѣнено домашнимъ, а только такимъ же нотаріальнымъ, тогда какъ домашнее можетъ быть измѣняемо или отмѣняемо какъ нотаріальнымъ, такъ и домашнимъ (т. X ч. 1 ст. 1030).

Въ случаѣ отмѣны самимъ завѣщателемъ позднѣйшаго изъ нѣсколькихъ завѣщаній, юридическую силу пріобрѣтаетъ предшествующее. Въ томъ случаѣ, когда нотаріальное завѣщаніе уничтожено завѣщателемъ при жизни его, то оставшееся домашнее его завѣщаніе возстановляется въ своей силѣ (т. X ч. 1 ст. 1030).

Однако, между нѣсколькими слѣдующими другъ за другомъ завѣщаніями возможно такое соотношеніе, что они только дополняютъ одно другое, а не замѣняютъ въ полномъ своемъ составѣ. Послѣдующее завѣщаніе можетъ содержать распоряженія, согласныя съ содержаніемъ предшествующаго, оно можетъ относиться къ вещамъ, не предусмотрѣннымъ первыми завѣщаніями, можетъ быть, не бывшими еще тогда въ обладаніи завѣщателя. Въ такихъ случаяхъ всѣ завѣщанія сохраняютъ юридическую силу, при чемъ предшествующія лишь настолько, насколько распоряженія ихъ не отмѣнены распоряженіями позднѣйшихъ завѣщаній. Если же ни изъ самаго завѣщанія, ни изъ обстоятельствъ нельзя опредѣлить, которое изъ завѣщаній составлено раньше, которое позднѣе, а между тѣмъ въ нихъ содержатся завѣщательныя распоряженія, другъ другу противорѣчащія, остается одно—признать ихъ всѣ недѣйствительными.

Измѣненіе завѣщанія можетъ произойти помимо самого завѣщателя. Именно, когда назначеніе, сдѣланное завѣщателемъ, становится неисполнимымъ по измѣнившимся фактическимъ усло-

віямъ, а между тѣмъ завѣщателя уже нѣтъ въ живыхъ, то измѣненіе завѣщанія можетъ послѣдовать съ Высочайшаго разрѣшенія, испрашиваемаго черезъ I департаментъ Государственнаго Совѣта. Примѣромъ такихъ случаевъ можетъ служить измѣненія завѣщанія Ивана Чайковскаго (Собр. узак. и расп. прав. 1910, № 124, ст. 1350).

VII. Недѣйствительность завѣщаній. Завѣщанія, не отвѣчающія внѣшнимъ и внутреннимъ условіямъ ихъ дѣйствительности, могутъ быть опровергнуты со стороны лицъ, въ томъ заинтересованныхъ. Завѣщанія могутъ быть недѣйствительны или съ самаго начала или теряютъ свою силу впослѣдствіи, по наступленіи извѣстныхъ обстоятельствъ. Завѣщанія недѣйствительны съ момента ихъ составленія по причинѣ: a) отсутствія у завѣщателя сознательной воли въ моментъ составленія завѣщанія; b) отсутствія у завѣщателя необходимой способности къ совершенію завѣщанія; c) незаконности завѣщательныхъ распоряженій, напр., завѣщаніе родового имѣнія помимо законнаго наслѣдника; d) несоблюденія установленной формы. Завѣщаніе, вполнѣ дѣйствительное во время его совершенія, можетъ лишиться юридической силы вслѣдствіе наступленія нѣкоторыхъ обстоятельствъ, оказывающихъ вліяніе въ моментъ открытія наслѣдства, а именно: a) если къ этому времени лицо, назначенное наслѣдникомъ, окажется неспособнымъ къ принятію наслѣдства, тѣмъ болѣе, если оно умретъ до открытія наслѣдства; b) если послѣ этого момента родится законный наслѣдникъ родовой недвижимости.

VIII. Храненіе завѣщаній. Составленное домашнимъ или нотаріальнымъ порядкомъ завѣщаніе можетъ быть хранимо завѣщателемъ у себя или передано на храненіе нотаріусу (т. X ч. 1 ст. 1058). Обязанности отдачи на храненіе у насъ не существуетъ. По усмотрѣнію завѣщателя, завѣщаніе можетъ быть спрятано дома, или положено въ несгораемый ящикъ банка, или отдано на сбереженіе знакомому и другу. Такое храненіе сопряжено, конечно, съ нѣкоторымъ рискомъ потери, гибели, порчи документа, съ непріятною необходимостью скрывать завѣщаніе, если составитель не желаетъ, чтобы содержаніе его стало извѣстно домашнимъ.

Передача завѣщанія на храненіе нотаріусу освобождаетъ отъ такихъ заботъ. Завѣщанія всякаго рода могутъ быть ввѣрены на храненіе нотаріусу (т. X ч. 1 ст. 1043). Нотаріусъ прежде всего долженъ убѣдиться въ самоличности предъявителя завѣ-

щанія. Затѣмъ, по желанію лица, отдающаго на храненіе, онъ можетъ поступить двоякимъ образомъ. 1) Принимая документъ на храненіе при свидѣтеляхъ, нотаріусъ выдаетъ предъявителю росписку за своею подписью и за подписью бывшихъ при принятіи свидѣтелей, а затѣмъ записываетъ о томъ въ своемъ реестрѣ (т. XVI ч. 1 пол. нотар. ст. 149). 2) Вмѣсто выдачи росписки нотаріусъ совершаетъ актъ о принятіи документа на храненіе, обыкновеннымъ нотаріальнымъ порядкомъ, съ прописаніемъ въ актѣ и содержанія завѣщанія. 3) Если предъявитель не желаетъ, чтобы нотаріусъ зналъ о содержаніи завѣщанія, то онъ представляетъ его въ запечатанномъ пакетѣ, и тогда въ актѣ уже не прописывается содержаніе документа, а дѣлается только оговорка о внѣшнемъ видѣ пакета и печатей. (пол. нотар. ст. 150).

Законъ предусматриваетъ, помимо нотаріуса, еще особыя учрежденія, которымъ завѣщанія могутъ быть отданы на храненіе. Это—Опекунскій Совѣтъ учрежденій Императрицы Маріи, канцелярія Совѣта Императорскаго Человѣколюбиваго Общества, Попечительный Комитетъ этого Общества. Порядокъ отдачи завѣщанія на храненіе этимъ учрежденіямъ довольно сложный (т. X ч. 1 ст. 1059). Однако, обращеніе къ этимъ учрежденіямъ, вопреки общему началу необязательности отдачи завѣщаній на храненіе, оказывается въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимымъ подъ страхомъ недѣйствительности завѣщанія. Это тѣ случаи: 1) когда домашнимъ завѣщаніемъ родовое имѣніе оставляется въ пожизненное пользованіе пережившему супругу, 2) когда домашнимъ завѣщаніемъ родовое имѣніе оставляется, при отсутствіи у наслѣдодателя нисходящихъ по прямой линіи, дальнѣйшему наслѣднику, помимо ближайшихъ (т. X ч. 1, ст. 1070 и 1068). При совершеніи нотаріальнаго завѣщанія указаннаго содержанія, необходимость отдачи его на храненіе перечисленнымъ учрежденіямъ отпадаетъ.

Русскіе поданные, находящіяся за границей, могутъ отдавать на храненіе свое завѣщаніе русскому консулу (уст. конс. ст. 12, 4 п.). Во время перехода по морю, домашнія завѣщанія, составляемыя на купеческомъ суднѣ, могутъ быть отдаваемы на храненіе капитану корабля (т. X ч. 1 ст. 1073).

§ 69.

Наслѣдованіе по закону.

Литература: М. Пергаментъ, *Предѣлы наслѣдованія въ гражданскомъ правѣ* („В. Пр". 1906, № 3); Гитцигъ, *Предѣлы наслѣдственнаго права*, 1910; Анненковъ, *Система русскаго гражданскаго права*, т. VI стр. 261—362; Побѣдоносцовъ, *Курсъ гражданскаго права*, т. II, стр. 236—423; Кавелинъ, *Очеркъ*, стр. 55—95; Демченко, *Существо наслѣдства*, 1878; Змирловъ, *О недостаткахъ нашихъ гражданскихъ законовъ* („Ж. Гр. и Уг. Пр.", 1884, №№ 5 и 6); А. Башмаковъ, *Право представленія и поколѣнное преемство* („Ж. Спб. Юр. Общ.", 1896, № 4); Гессенъ, *О порядкѣ наслѣдованія въ нисходящей линіи* („Ж. М. Ю.", 1897, № 4); Верещагинъ, *О наслѣдованіи неполнородныхъ въ боковыхъ линіяхъ по дѣйствующему русскому праву*; Яблочковъ, *О порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей по русскому праву* (Вопр. Пр. 1911, № 3); Вороновъ, *Наслѣдованіе восходящихъ боковыхъ родственниковъ, супруга и внѣбрачныхъ дѣтей по проекту* („В. Пр.", 1903, № 3); Каценельсонъ, *О наслѣдованіи единокровныхъ братьевъ при полнородныхъ братьяхъ* („Право", 1903, № 8); Ильяшенко, *О правѣ наслѣдованія супруговъ съ точки зрѣнія будущаго гражданскаго уложенія* („В. Пр.", 1902, №№ 4—6); Оршанскій, *Наслѣдственныя права русской женщины* (Изслѣдованія, 1877, стр. 346—414); Курдиновскій, *Выморочныя имущества* („Ж. М. Ю.", 1902, №№ 5—8).

I. Случаи законнаго наслѣдованія. Призваніе къ наслѣдованію можетъ опредѣляться не только волею наслѣдодателя, но и постановленіемъ закона. Законъ опредѣляетъ самъ, къ кому должно перейти имущество, оставшееся послѣ смерти его хозяина или по наступленіи иного юридическаго факта, съ которымъ связывается открытіе наслѣдства. Этотъ переходъ имущества совершается помимо и безъ участія, можетъ быть, вопреки волѣ завѣщателя.

Наслѣдованіе по закону имѣетъ мѣсто въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда послѣ умершаго осталось родовое имѣніе; 2) когда не учинено на случай смерти завѣщательнаго распоряженія о благопріобрѣтенномъ имѣніи; 3) когда завѣщательныя распоряженія судомъ признаны недѣйствительными (т. X ч. 1 ст. 1110). Но приведенная статья не исчерпываетъ всѣхъ случаевъ. Наслѣдованіе по закону открывается также, 4) когда отъ наслѣдства отрекутся лица, призванныя къ наслѣдованію по завѣщанію; 5) когда указанныя въ завѣщаніи лица окажутся неспособными къ принятію наслѣдства. Наравнѣ съ умершими слѣдуетъ поставить лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія, постригшихся въ монашество, безвѣстно-отсуствовавшихъ въ теченіе 10 лѣтъ отъ вызывавшей ихъ публикаціи. Смерти приравни-

ваются, какъ факты, открывающіе наслѣдованіе по закону: лишеніе всѣхъ правъ состоянія, постриженіе въ монашество, безвѣстное отсутствіе. При совершеніи завѣщанія наслѣдодатель можетъ въ своихъ распоряженіяхъ не исчерпать всего своего имущества, и въ такомъ случаѣ незавѣщанная часть поступаетъ ко всѣмъ законнымъ наслѣдникамъ. Такъ какъ опроверженіе нѣкоторыхъ завѣщательныхъ распоряженій еще не влечетъ за собою недѣйствительности и другихъ, то, слѣдовательно, въ имуществѣ завѣщанномъ незаконными распоряженіями, открывается наслѣдованіе по закону. Напр., имущество завѣщано двумъ лицамъ, между тѣмъ ко времени открытія наслѣдства одно изъ нихъ становится неспособнымъ къ принятію, напр., вслѣдствіе приговора, лишившаго его всѣхъ правъ состоянія,— полавина имущества поступаетъ къ наслѣднику по завѣщанію, а другая къ наслѣдникамъ по закону, не исключая и того, который могъ уже получить по завѣщательному распоряженію. Такимъ образомъ наслѣдованіе по закону возможно не только при отсутствіи наслѣдованія по завѣщанію, но и совмѣстно съ нимъ. Въ этомъ отношеніи современное право рѣзко расходится съ римскимъ правомъ, которое не допускало совмѣстимости обоихъ порядковъ наслѣдованія.

II. Кругъ лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію по закону. Разсматривая постановленія дѣйствующихъ законодательствъ о наслѣдованіи съ точки зрѣнія положеннаго въ нихъ основанія, а не съ точки зрѣнія историческаго происхожденія, слѣдуетъ признать, что въ призваніи извѣстныхъ лицъ къ принятію открывшагося наслѣдства, въ назначеніи умершему опредѣленныхъ преемниковъ законъ руководствуется предполагаемою волею наслѣдодателя. Законъ становится въ положеніе послѣдняго и назначаетъ наслѣдниками тѣхъ лицъ, которыхъ, по всей вѣроятности, назначилъ бы и самъ наслѣдодатель въ силу врожденнаго чувства склонности и сложившейся всею жизнью привязанности. Конечно, въ отдѣльныхъ случаяхъ дѣйствительность можетъ не оправдать предположеній законодателя; и наслѣдство достанется лицу, къ которому наслѣдодатель не питалъ склонности, а напротивъ, чувствовалъ вражду. Но всякій законъ основанъ на большомъ числѣ наблюденій, и противорѣчіе со справедливостью всегда возможно въ отдѣльныхъ случаяхъ. Несравненно прискорбнѣе, когда законодатель принципіально ошибается въ намѣреніи наслѣдодателя и, обходя наиболѣе близкихъ ему лицъ, назначаетъ преемниками лицъ,

съ которыми у него не было ничего общаго. Въ этомъ виновны почти всѣ современныя законодательства,—этотъ недостатокъ особенно присущъ русскому праву.

Наслѣдованіе по закону можетъ быть основано или на семейномъ или на родственномъ началѣ. Въ первомъ случаѣ ближайшими наслѣдниками являются тѣ лица, которыя вмѣстѣ съ наслѣдодателемъ составляли семью: дѣти, супругъ, родители. Семейное начало лежало въ основѣ древне-римскаго наслѣдованія,—оно же примѣняется и въ нашемъ современномъ крестьянскомъ быту. По этому началу усыновленные, даже простые пріемыши, мужья дочерей, живущіе въ домѣ тестя, представляются для наслѣдодателя болѣе близкими, чѣмъ родныя дѣти, отдѣлившіяся отъ родительскаго дома и образовавшія самостоятельную семью. Напротивъ, начало кровнаго родства благопріятствуетъ только лицамъ, имѣющимъ общую кровь съ наслѣдодателемъ. При этомъ упускаютъ изъ виду, что физіологическая связь далеко не всегда совпадаетъ съ нравственною, особенно при современномъ индивидуализмѣ. Призваніе къ наслѣдованію родственниковъ, какъ бы ни былъ далекъ ихъ общій родоначальникъ, представляется въ настоящее время настолько несогласнымъ съ семейнымъ индивидуализмомъ, что большинство современныхъ законодательствъ ограничиваютъ наслѣдственное право родственниковъ только извѣстными предѣлами родства, не далѣе извѣстной степени.

Первоначальное основаніе наслѣдованія заключается въ совмѣстномъ жительствѣ и сотрудничествѣ. Въ большинствѣ случаевъ эти условія совпадаютъ съ семейнымъ началомъ, но, однако, возможны и обратные случаи. Тогда-то и обнаруживается, которое изъ этихъ началъ имѣетъ рѣшающее значеніе. Въ древнемъ римскомъ правѣ эманципированныя дѣти не имѣли наслѣдственныхъ правъ въ имуществѣ ихъ отца. То же самое наблюдается у франковъ, у которыхъ forisfamiliati исключались изъ наслѣдованія. Начало сожительства стояло у нихъ настолько выше начала кровной связи, что въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ сосѣди (vicini) имѣли преимущество при наслѣдованіи передъ членами семьи. Понадобился особый эдиктъ меровингскаго короля Хильперика I, чтобы дать безусловное первенство, по крайней мѣрѣ, сыновьямъ, дочерямъ, братьямъ и сестрамъ передъ сосѣдями. Чѣмъ болѣе слабѣли общинныя начала, тѣмъ сильнѣе выступали кровныя связи. Однако, первоначально право наслѣдованія принадлежало самому ограниченному кругу

родственниковъ. Только въ средніе вѣка расширяется кругъ призываемыхъ къ наслѣдованію родственниковъ. Сначала наслѣдственными правами пользовались родственники до 7, самое большое до 10 степени. Съ XII вѣка всякія ограниченія степени мало по малу отпадаютъ. Это расширеніе круга родственниковъ, призываемыхъ къ наслѣдованію, имѣетъ свое политическое объясненіе: интересъ сюзерена въ существованіи всегда преемника по выполненію обязанностей вассала.

Вмѣстѣ съ тѣмъ въ средніе вѣка, благодаря военному складу общества, развивается маіоратное начало. Ни римляне, ни древніе германцы не знали правъ старшинства при наслѣдованіи. Феодальныя условія благопріятствовали его возникновенію. Король предпочиталъ имѣть дѣло съ однимъ преемникомъ вассала, нежели съ нѣсколькими. Ему нуженъ былъ преемникъ, способный замѣнить въ служебномъ отношеніи умершаго вассала. Такимъ въ большинствѣ случаевъ являлся старшій сынъ. Малолѣтніе были совсѣмъ неподходящими для выполненія военныхъ обязанностей, а исключеніе негодныхъ къ военному дѣлу изъ наслѣдства повлекло за собою устраненіе вообще младшихъ. Впрочемъ, въ среднемъ сословіи сохранялось начало равнаго участія всѣхъ сыновей въ наслѣдованіи.

По дѣйствующему французскому праву существуютъ четыре класса призываемыхъ къ наслѣдованію родственниковъ: 1) нисходящіе, 2) отецъ, мать, братья и сестры умершаго, съ ихъ потомствомъ, при чемъ каждый изъ родителей, находящійся въ живыхъ въ моментъ открытія наслѣдства, имѣетъ право на $^1/_4$ наслѣдства, 3) восходящіе и 4) остальные боковые родственники до 12-ой степени включительно. Нисходящіе исключаютъ всѣхъ остальныхъ, братья и сестры—другихъ боковыхъ родственниковъ, но не отца и мать, съ которыми они дѣлятъ наслѣдство. Классы устанавливаютъ извѣстную послѣдовательность, такъ что при наличности представителей перваго класса, второй классъ не соучаствуетъ въ наслѣдованіи, при наличности представителей второго — нѣтъ мѣста представителямъ третьяго класса. Наслѣдство дѣлится между дѣтьми поровну, безъ различія между сыновьями и дочерьми. При существаніи законныхъ дѣтей, незаконныя дѣти, признанныя въ установленномъ порядкѣ ихъ отцомъ или матерью, по закону 1896 года, наслѣдуютъ послѣ признавшаго ихъ родителя $^1/_2$ того, что они получили бы, если бы были законными дѣтьми; при отсутствіи законныхъ дѣтей доля незаконныхъ повышается, такъ что ря-

домъ съ восходящими или братьями и сестрами они получаютъ $^3/_4$, а при отсутствіи этихъ наслѣдниковъ—все наслѣдство, съ устраненіемъ всѣхъ прочихъ родственниковъ. Супругъ умершаго наслѣдовалъ до послѣдняго времени только за недостаткомъ какихъ бы то ни было наслѣдниковъ, такъ что родственникъ какой-нибудь 11-й или 12-й степени устранялъ супруга. Эта несправедливость нѣсколько исправлена закономъ 1891 г., въ силу котораго оставшійся въ живыхъ супругъ пріобрѣтаетъ право пожизненнаго пользованія наслѣдственнымъ имуществомъ, при чемъ доля его возрастаетъ отъ $^1/_4$ до $^1/_2$, смотря по тому, остались ли послѣ умершаго дѣти или нѣтъ.

Германское гражданское уложеніе устанавливаетъ особый порядокъ призванія родственниковъ къ наслѣдованію, по такъ наз. Parentelensystem. Законъ отказывается отъ римскаго правила опредѣлять родство по степенямъ и опредѣляетъ его по линіямъ. Наслѣдниками перваго класса являются нисходящіе родственники. Наслѣдниками второго класса признаются родители умершаго и ихъ нисходящіе, при чемъ, если живы оба родителя, они получаютъ наслѣдство цѣликомъ, а если живъ только одинъ родитель, то доля второго дѣлится между его нисходящими; напр., послѣ умершаго остались мать, братъ и племянникъ (сынъ другого умершаго брата)—половину наслѣдства получитъ мать, а братъ и племянникъ по $^1/_4$. Третій классъ наслѣдниковъ состоитъ изъ дѣда, бабки и ихъ нисходящихъ. Такимъ же образомъ составляются четвертый и пятый классы. При этой системѣ одинъ наслѣдникъ можетъ оказаться въ нѣсколькихъ классахъ, и тогда онъ можетъ получить нѣсколько долей. Дѣти наслѣдуютъ поровну. Незаконныя дѣти послѣ своей матери и ея родственниковъ наслѣдуютъ какъ законныя. Оставшійся въ живыхъ супругъ получаетъ $^1/_4$ часть наслѣдства при существованіи наслѣдниковъ перваго класса и $^1/_2$ при наслѣдникахъ второго класса; наслѣдниковъ дальнѣйшихъ классовъ супругъ устраняетъ совершенно (§ 1931). Германская система наслѣдованія воспринята въ основныхъ чертахъ новѣйшимъ швейцарскимъ кодексомъ (§§ 457—461). Эта же система положена въ основу нашего проекта гражданскаго уложенія. Въ пользу этой системы, которую составители называютъ національной, хотя и явно заимствуютъ ее изъ Германіи, выставляется то преимущество по сравненію съ нынѣ дѣйствующей въ Россіи системой, что она: 1) уравниваетъ наслѣдственныя права родственниковъ по матери съ родствен-

никами по отцу, и 2) ставитъ родителей въ число наслѣдниковъ по закону.

Порядокъ наслѣдованія въ Англіи различается смотря по тому, идетъ ли рѣчь о недвижимости или о движимости. Наслѣдованіе въ недвижимостяхъ (real estates) проникнуто феодальнымъ характеромъ. Общія начала этого наслѣдственнаго порядка заключаются въ томъ, что 1) между нисходящими мужчины устраняютъ женщинъ, 2) между нисходящими мужского пола старшій устраняетъ младшихъ. Если у наслѣдодателя нѣсколько сыновей и нѣсколько дочерей, то наслѣдство достается полностью старшему, а за его смертью до открытія наслѣдства,—его потомству, при отсутствіи же такового—слѣдующему по старшинству сыну. Когда сыновей нѣтъ, а имѣются только дочери, то, въ противоположность мужчинамъ, между которыми все наслѣдство получаетъ только старшій, онѣ дѣлятъ недвижимости поровну. При отсутствіи нисходящихъ, законъ передаетъ наслѣдство отцу (но не матери). Въ боковой линіи наслѣдуютъ только братья, но не сестры, при чемъ старшій братъ устраняетъ младшихъ. Эти же начала выдерживаются и въ дальнѣйшихъ боковыхъ линіяхъ. Рядомъ съ общимъ порядкомъ наслѣдованія въ Англіи въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ упорно держатся иныя системы. Такъ въ Уэльсѣ сохранилось наслѣдованіе всѣхъ сыновей, но не дочерей, поровну (gavelkind), въ нѣкоторыхъ городкахъ (borough english) наслѣдство полностью достается младшему. Иначе распредѣляется наслѣдство движимое. Оно дѣлится между дѣтьми, все равно сыновьями и дочерьми, поровну, съ правомъ представленія для потомства сына или дочери, умершихъ до открытія наслѣдства. Незаконныя дѣти никакихъ наслѣдственныхъ правъ не имѣютъ. Супруги могутъ наслѣдовать только въ движимости, при чемъ по смерти жены мужъ получаетъ все наслѣдство, тогда какъ жена послѣ мужа лишь половину.

Русское законодательство построено на началѣ кровнаго родства, притомъ безъ всякаго ограниченія степенями. Супруги, эти наиболѣе близкія другъ другу лица, имѣютъ право лишь на незначительную часть наслѣдства, даже при отсутствіи дѣтей. Усыновленныя дѣти имѣютъ права наслѣдованія только въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ усыновителя, а въ наслѣдованіи послѣ родственниковъ послѣдняго, напр., дѣтей, позднѣе происшедшихъ, они не участвуютъ (т. X ч. 1 ст. 156^{1} и 156^{3}). Дѣти внѣбрачныя получили по закону 23 іюня 1902 г.

нѣкоторыя права наслѣдованія, и то только послѣ матери. Наконецъ, родители наслѣдуютъ послѣ своихъ дѣтей совершенно случайнымъ образомъ. Если вообще наслѣдственное право отдаленныхъ родственниковъ, съ которыми, въ огромномъ большинствѣ случаевъ, наслѣдодателя не связываетъ чувство привязанности, представляется съ современной точки зрѣнія довольно трудно объяснимымъ, то оно является безусловно несправедливымъ, когда влечетъ за собою устраненіе, изъ-за этихъ неизвѣстныхъ наслѣдодателю лицъ, другихъ, наиболѣе ему близкихъ—супруга, родителей, внѣбрачныхъ дѣтей, усыновленныхъ. Такое именно явленіе представляетъ дѣйствующее русское законодательство.

Родственники призываются къ наслѣдованію по русскому законодательству безъ ограниченія степенью родства. Право законнаго наслѣдованія простирается на всѣхъ членовъ рода, составляющихъ одно кровное родство, до совершеннаго его прекращенія не только въ мужскомъ, но и въ женскомъ поколѣніи (т. X ч. 1 ст. 1111). Свойство не даетъ права наслѣдованія по закону (т. X ч. 1 ст. 1120). При раздѣльности имущества между супругами, благопріобрѣтенное имущество одного изъ нихъ не можетъ составить предмета наслѣдованія для родственниковъ другого супруга. Каждое лицо, по происхожденію своему, принадлежитъ не къ одному роду, а къ нѣсколькимъ: къ роду отца, матери, дѣда, бабки и т. д. Къ наслѣдованію въ родовомъ имуществѣ всѣ эти лица призываются не совмѣстно, а по родамъ,—смотря по тому, изъ какого рода дошло имущество къ наслѣдодателю. Родовыя недвижимости переходятъ: отцовское всегда въ родъ отца, материнское—въ родъ матери (paterna paternis, materna maternis). Однако, для признанія наслѣдственныхъ правъ мало того, что заявляющіе свои права на родовое имѣніе, доставшееся наслѣдодателю отъ отца, принадлежатъ къ роду отца, а необходимо еще установить, принадлежатъ ли они къ тому именно роду, изъ котораго имѣніе дошло къ отцу, потому что онъ могъ получить его или отъ своего отца или отъ своей матери. Чѣмъ древнѣе происхожденіе родовой недвижимости, тѣмъ дальше отстоитъ тотъ восходящій родственникъ, отъ котораго она дошла, тѣмъ больше число родственныхъ союзовъ исключается изъ права наслѣдованія въ родовой недвижимости. Такой выходъ, хотя прямо въ законѣ не указанъ, вытекаетъ изъ общаго духа относящихся къ тому постановленій (ср. т. X ч. 1 ст. 1068). Имущество, самимъ

наслѣдодателемъ пріобрѣтенное, за неимѣніемъ у него дѣтей, идетъ въ боковую линію, но только въ родъ отца (т. X ч. 1 стт. 1138 и 1163). Умершій имѣетъ двухъ двоюродныхъ братьевъ,—одного по матери, другого по отцу: наслѣдство цѣликомъ перейдетъ ко второму. Высказавъ это положеніе, которымъ все наслѣдство полностью отдается родственникамъ отца, хотя оно вовсе не дошло изъ отцовскаго рода, законъ усиливаетъ непостижимость положенія формулою «также»,—поступаетъ также въ родъ отца. Трудно понять, какое сопоставленіе носилось въ мысли составителя текста.

Имѣющіе наслѣдственное право родственники призываются къ наслѣдованію послѣдовательно, въ порядкѣ постепенности кровнаго родства, а не совмѣстно. Ближайшіе родственники устраняютъ дальнѣйшихъ совершенно, а не различаются только наслѣдственною долею. Общій порядокъ наслѣдованія опредѣляется по линіямъ. Ближайшее право наслѣдованія имѣетъ нисходящая линія, т.-е. дѣти и ихъ потомство (т. X ч. 1 ст. 1121). За отсутствіемъ ея, имущество обращается въ боковыя линіи, при чемъ ближайшая исключаетъ дальнѣйшія, такъ, напр., родной братъ или родная сестра отстраняютъ двоюродныхъ или троюродныхъ братьевъ и сестеръ. Равныя по близости линіи призываются къ наслѣдованію совмѣстно, такъ, напр., всѣ сыновья, всѣ братья имѣютъ право на одинаковыя доли. Въ каждой линіи ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую (т. X ч. 1 ст. 1122); такъ, напр., сынъ при отцѣ не наслѣдуетъ дѣду. Исключеніемъ изъ этого правила является право представленія.

Правомъ представленія называется право занять при наслѣдованіи мѣсто, которое принадлежало бы восходящему въ прямой линіи родственнику, если бы онъ могъ наслѣдовать въ моментъ открытія наслѣдства (т. X ч. 1 ст. 1123). Право представленія ставитъ лицъ представляющихъ на мѣсто, въ степень и въ права лицъ представляемыхъ. Право представленія даетъ возможность наслѣднику болѣе отдаленной степени получить наслѣдственную долю, которую получили бы его умершіе отецъ или мать, если бы были живы въ моментъ открытія наслѣдства. Такъ, напр., послѣ смерти лица остается его братъ Иванъ и племянникъ отъ другого брата Петръ. Хотя бы у брата Ивана также были дѣти, но они не наслѣдуютъ, потому что ближайшая степень, ихъ отецъ, исключаетъ дальнѣйшую. Напротивъ, дѣти умершаго уже сына Петра не устраняются сво-

имъ дядею Иваномъ, а призываются къ наслѣдованію рядомъ съ нимъ, при чемъ ихъ наслѣдственная доля равняется той, какую получилъ бы ихъ отецъ, если бы былъ живъ. По праву представленія, наслѣдство дѣлится не по числу лицъ, но по числу колѣнъ, т.-е. всѣ нисходящіе отъ представляемаго наслѣдники получаютъ вмѣстѣ ту самую часть, которую получилъ бы онъ самъ, если бы находился въ живыхъ при открытіи наслѣдства (т. X ч. 1 ст. 1125). Слѣдовательно, если послѣ наслѣдодателя не остается дѣтей, а только пять племянниковъ, двое отъ старшаго и трое отъ младшаго брата, то они получаютъ не по $^1/_5$ каждый, а первые два получатъ по $^1/_4$, а трое послѣднихъ по $^1/_6$ наслѣдственнаго имущества. Строго говоря, нельзя говорить о правѣ представленія тамъ, гдѣ нѣтъ соучастія въ наслѣдованіи со стороны болѣе отдаленныхъ и болѣе близкихъ родственниковъ. Напр. внукъ, въ случаѣ смерти его отца, наслѣдуетъ послѣ дѣда не по праву представленія, а какъ ближайшій родственникъ по общему правилу. Слѣдовательно, если у наслѣдодателя осталось два внука отъ одного сына и три внука отъ другого сына, то наслѣдство должно бы дѣлиться на пять равныхъ частей, потому что всѣ внуки состоятъ въ равной степени родства къ дѣду. Но нашъ законъ этого момента не подчеркиваетъ (т. X ч. 1 ст. 1123) и видитъ право представленія всюду, гдѣ ближайшій наслѣдникъ при открытіи наслѣдства не находится уже въ живыхъ. Поэтому, въ приведенномъ примѣрѣ наслѣдство раздѣлится не на пять равныхъ частей, а на двѣ, изъ которыхъ одна, въ свою очередь, распредѣляется между двумя внуками, а вторая—между тремя.

Наслѣдованіе по праву представленія предполагаетъ наличность нѣкоторыхъ условій.

а. Прежде всего необходимо, чтобы представляемый умеръ до открытія наслѣдства. Это основное условіе права представленія, и потому слѣдуетъ признать совершенно неправильнымъ мнѣніе Сената, будто наслѣдованіе по праву представленія имѣетъ мѣсто не только въ томъ случаѣ, когда представляемый умеръ раньше наслѣдодателя, но и тогда, когда представляемый пережилъ его (кас. рѣш. 1874, № 688). Это мнѣніе неправильно потому, что въ указанномъ случаѣ никакого представленія нѣтъ: мнимый представляемый пережилъ наслѣдодателя, а слѣдовательно пріобрѣлъ наслѣдственное право, которое и переходитъ, въ составѣ другихъ правъ, къ его наслѣдникамъ.

Наравнѣ со смертью, необходимо поставить и другіе юридическіе факты, въ силу которыхъ представляемый не можетъ выступить наслѣдникомъ въ моментъ открытія наслѣдства: лишеніе всѣхъ правъ состоянія, постриженіе въ монашество, безвѣстное отсутствіе, продолжавшееся свыше десяти лѣтъ. Но со смертью нельзя сопоставлять такой случай, когда представляемый не хочетъ выступать наслѣдникомъ, т.-е. случай отреченія отъ наслѣдства. Этотъ вопросъ вызвалъ нѣкоторое колебаніе въ нашей практикѣ. Сначала Сенатъ высказался въ томъ смыслѣ, что отреченіе отъ наслѣдства не препятствуетъ потомкамъ отрекшагося осуществить свои права представленія (кас. рѣш. 1892, № 58). Но потомъ Сенатъ измѣнилъ свой взглядъ въ противоположномъ направленіи и призналъ, что отреченіе представляемаго составляетъ препятствіе для наслѣдованія по праву представленія (кас. рѣш. 1897, № 5, 1906, № 15).

b. Наслѣдованіе по праву представленія предполагаетъ законное родство между представляемымъ и представляющими. Представляющіе по отношенію къ представляемому являются всегда родственниками его въ нисходящей линіи. Такъ какъ внѣбрачныя дѣти наслѣдуютъ только матери и лишь въ благопріобрѣтенномъ, то правомъ представленія въ отношеніи родственниковъ своей матери, а тѣмъ болѣе отца они не пользуются. Такъ какъ право представленія основано на родствѣ кровномъ, то усыновленные не могутъ пользоваться правомъ представленія въ отношеніи усыновителя.

Однако, названіе разсматриваемаго права способно возбудить ошибочную мысль, будто право лицъ представляющихъ производно, будто они только преемники представляемаго. Въ дѣйствительности они наслѣдуютъ непосредственно тому, послѣ кого открылось наслѣдство, а не своему восходящему родственнику. Въ юридическомъ отношеніи это даетъ совершенно иной результатъ. Если бы наслѣдственное право представляющихъ было производно отъ наслѣдственнаго права представляемыхъ, то наслѣдство переходило бы къ нимъ въ составѣ имущества послѣднихъ, слѣдовательно могло бы быть обременено лежавшими на нихъ обязательствами. Между тѣмъ, если это право не производно, а основывается непосредственно на правѣ наслѣдованія, то на представляющихъ не лежитъ обязанность платить долги представляемыхъ (кас. рѣш. 1879, № 392).

Изъ лицъ, имѣющихъ право наслѣдованія въ силу кровнаго родства, нѣкоторыя исключаются по закону, какъ *неспособныя*

принять наслѣдство а). Такими признаются прежде всего лица, лишенныя всѣхъ правъ состоянія (т. X ч. 1 ст. 1107). Для нихъ прекращаются всѣ прежнія юридическія отношенія, какъ имущественныя, такъ и личныя, и потому, если послѣ вступленія приговора въ силу открылось для нихъ наслѣдство, они не могутъ наслѣдовать лицамъ, съ которыми у нихъ сохранялась естественная, но не юридическая связь. Лишенный всѣхъ правъ состоянія можетъ, однако, вновь создать семью, пріобрѣтать имущество. Несомнѣнно, онъ можетъ и наслѣдовать, насколько его наслѣдственное право возникаетъ изъ новыхъ отношеній, напр., послѣ супруга, дѣтей (уст. о ссыльныхъ ст. 225). Лишенный всѣхъ правъ состоянія можетъ быть Высочайше помилованъ, и онъ становится съ этого времени вновь способнымъ къ наслѣдованію по прежнимъ родственнымъ отношеніямъ. Но актъ помилованія не уничтожаетъ приговора о лишеніи правъ состоянія, а возстановляетъ правоспособность. Поэтому, если наслѣдство открылось въ промежутокъ между лишеніемъ и возстановленіемъ правъ, и наслѣдство было пріобрѣтено другими лицами,—актъ помилованія не можетъ уже дать ему права наслѣдованія въ этомъ имуществѣ. b) Кромѣ этой категоріи лицъ, и монашествующіе, какъ отрекшіеся отъ міра, по постриженіи своемъ отъ права наслѣдованія устраняются (т. X ч. 1 ст. 1109).

Въ видѣ историческаго воспоминанія, въ нашемъ законодательствѣ сохранились указанія обратныя, которыя представляются въ настоящее время излишними: отъ наслѣдованія, говоритъ законъ, не устраняются иностранцы и лица, имѣющія физическіе и умственные недостатки: глухіе, нѣмые, безумные (т. X ч. 1 ст. 1106). Сословное или вѣроисповѣдное различіе не имѣетъ никакого вліянія на наслѣдованіе (т. X ч. 1 ст. 1105). Лица, вышедшія изъ сословія крестьянъ, вступившія въ иное сословіе, не теряютъ права наслѣдовать въ надѣльныхъ земляхъ, потому что выкупленный крестьяниномъ участокъ его надѣльной земли можетъ свободно переходить послѣ него по наслѣдству и къ лицамъ не только крестьянскаго, но и другихъ сословій (кас. рѣш. 1903, № 33). Мусульманинъ, перешедшій въ христіанство, не теряетъ права наслѣдованія послѣ своихъ родственниковъ, оставшихся въ вѣрѣ Магомета (т. X ч. 1 ст. 1340).

Всякое право предполагаетъ существованіе субъекта и, конечно, наслѣдственное право не составляетъ съ этой стороны исключенія. Въ моментъ открытія наслѣдства наслѣдникъ дол-

женъ существовать, а слѣдовательно, родиться и еще не умереть. Но особенность наслѣдственнаго права заключается въ томъ, что при опредѣленіи того, кто долженъ быть субъектомъ этого права, принимается во вниманіе зачатіе будущаго наслѣдника (т. X ч. 1 ст. 1106, п. 2). Переходъ наслѣдства останавливается въ виду возможности появленія на свѣтъ новаго лица. Если оно родится живымъ, то пріобрѣтаетъ наслѣдственное право, хотя бы вскорѣ послѣ того умерло: въ противномъ случаѣ, когда ребенокъ родится мертвымъ, рожденіе его не имѣетъ никакого юридическаго значенія, какъ будто оно не произошло и не задержало наслѣдственнаго перехода.

III. Наслѣдованіе въ нисходящей линіи. Наше законодательство представляетъ ту особенность, что наслѣдниками въ нисходящей линіи, по идеѣ, являются не вообще дѣти, а только сыновья, внуки, т.-е. лица мужескаго пола (т. X ч. 1 стт. 1127 и 1128). Женщины же вступаютъ въ наслѣдство только при отсутствіи мужской линіи—при мужчинахъ они получаютъ не наслѣдственную долю, а лишь указную часть. Однако, эта мысль закона, основанная на историческихъ данныхъ наслѣдственнаго института и нашедшая себѣ точное выраженіе въ дѣйствующихъ постановленіяхъ, утратила свое значеніе вслѣдствіе измѣненія общественныхъ условій, при которыхъ сложилось подобное воззрѣніе. Указная часть дочерей разсматривается совершенно такъ же, какъ и наслѣдственная доля. Поэтому онѣ признаются участвующими въ раздѣлѣ наслѣдства вмѣстѣ съ братьями, но только въ различной долѣ. Это послѣднее обстоятельство не можетъ быть изглажено при примѣненіи законовъ, хотя оно представляется современному обществу грубою несправедливостью, потому что дочери такъ же близки родителямъ, какъ и сыновья, потому что по соціальнымъ условіямъ положеніе женщинъ и безъ того менѣе обезпечено, чѣмъ мужчинъ. Въ новѣйшихъ законодательствахъ дочери всюду уравнены въ правахъ наслѣдованія съ сыновьями, и потому неудивительно, если даже у насъ рѣшено отбросить этотъ несправедливый нынѣ остатокъ глубокой старины. Однако, полное уравненіе женщинъ и мужчинъ въ наслѣдственныхъ доляхъ неожиданно столкнулось въ Россіи съ опасеніемъ за судьбу дворянскаго землевладѣнія, и потому новый законъ обѣщаетъ появиться въ такомъ сложномъ видѣ, который значительно увеличитъ и безъ того многочисленные наслѣдственные споры.

Ближайшее право наслѣдованія послѣ отца или матери принадлежитъ ихъ дѣтямъ мужескаго пола (т. X ч. 1 ст. 1127). За неимѣніемъ сестеръ, братья дѣлятъ поровну родительское имущество. Когда сыновей у исходящихъ отъ нихъ не останется, то дочери также дѣлятъ между собой наслѣдство на равныя части (т. X ч. 1 ст. 1132). Если же остаются сыновья и дочери, то наслѣдство распредѣляется между ними такимъ образомъ, что каждая дочь получаетъ $^1/_{14}$ изъ недвижимости и $^1/_8$ изъ движимости, а оставшееся за этимъ вычетомъ дѣлится на равныя доли между сыновьями (т. X ч. 1 ст. 1130). Однако, изъ общаго правила о неравномѣрномъ раздѣлѣ наслѣдства между сыновьями и дочерьми имѣются нѣкоторыя исключенія.

1. Первый случай тотъ, когда, при многочисленномъ составѣ семьи, возникаетъ опасность, что сыновья получатъ меньше дочерей. Поэтому, если послѣ умершаго останется столько дочерей, что по назначеніи каждой изъ нихъ указной части, какъ изъ недвижимаго, такъ и изъ движимаго, сыновнія части будутъ (по совокупности той и другой) менѣе дочернихъ, то, наслѣдство раздѣляется между сыновьями и дочерьми поровну (т. X ч. 1 ст. 1131).

2. Равное распредѣленіе наслѣдства происходитъ тогда, когда у наслѣдодателя не осталось родныхъ сыновей, а наслѣдниками оказываются дочери и усыновленный. Въ этомъ случаѣ мужской наслѣдникъ не получаетъ преимущества передъ женскими, и наслѣдство дѣлится поровну (т. X ч. 1 ст. 156^1). Это положеніе относится только къ благопріобрѣтенному имуществу, но не къ родовому, въ которомъ усыновленный вообще не наслѣдуетъ. Изъ приведеннаго закона слѣдуетъ, что если послѣ наслѣдодателя, оставившаго благопріобрѣтенное имущество, наслѣдниками выступаютъ родной сынъ, усыновленный и дочь, то наслѣдство дѣлится по общему правилу, т.-е. неравномѣрно, въ пользу мужчинъ и въ ущербъ женщинѣ.

3. Третій случай представляетъ наслѣдованіе внѣбрачныхъ дѣтей послѣ ихъ матери по закону 3 іюня 1902 года. На наслѣдованіе въ родовомъ ея имѣніи внѣбрачныя дѣти правъ не имѣютъ. Въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ матери внѣбрачныя дѣти ея наслѣдуютъ на основаніяхъ, установленныхъ для дѣтей законныхъ; однако, когда у матери нѣтъ законныхъ сыновей, а остались только законныя дочери, то наслѣдство дѣлится между этими послѣдними и внѣбрачными дѣтьми по-

ровну (т. X ч. 1 ст. 1321[12]). На имущество отца внѣбрачныя дѣти не имѣютъ вообще никакихъ наслѣдственныхъ правъ.

Вслѣдствіе того, что наслѣдованіе основано у насъ на кровномъ родствѣ, дѣти, принадлежащія одному изъ супруговъ (сводныя), наслѣдуютъ только въ имуществѣ своихъ родителей; на наслѣдство же послѣ вотчима или мачехи не имѣютъ никакого права (т. X ч. 1 ст. 1129). Но дѣти, происходящія отъ одного отца, хотяи разныхъ матерей, наслѣдуютъ послѣ него равномѣрно, а дѣти, происходящія отъ одной матери, хотя и разныхъ отцовъ, наслѣдуютъ послѣ матери на равныхъ правахъ. Напр., вдовецъ, имѣющій дѣтей, вступаетъ вновь въ бракъ, отъ котораго происходятъ новыя дѣти. Послѣ него наслѣдуютъ тѣ и другія дѣти безъ различія, тогда какъ на наслѣдство, оставшееся послѣ его второй жены, имѣютъ право только дѣти отъ второго брака.

Такъ какъ ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую, то дѣти наслѣдодателя устраняютъ отъ наслѣдованія внуковъ. Однако, въ силу права представленія, внуки, у которыхъ родители, способные наслѣдовать, умерли или инымъ образомъ лишились права наслѣдованія, участвуютъ въ раздѣлѣ имущества вмѣстѣ съ своими дядьями и тетками. При этомъ они занимаютъ мѣсто умершаго родителя, а потому, сколько бы ихъ ни было, доля ихъ представляетъ опредѣленную величину. Она равняется той долѣ, на которую могъ бы разсчитывать ихъ родитель. Такъ, напр., послѣ наслѣдодателя оставался одинъ сынъ, одна дочь и внуки отъ другого сына. Дочь получитъ $^1/_{16}$ или $^1/_8$ часть, а остальное дѣлится на двѣ части, изъ которыхъ одна поступаетъ къ сыну, а другая къ внукамъ, всѣмъ вмѣстѣ. Полученная такимъ образомъ доля раздѣляется между всѣми внуками по общимъ правиламъ, т.-е. внучки получаютъ $^1/_{16}$ или $^1/_8$, а внуки поровну. Противоположное мнѣніе, отстаиваемое Побѣдоносцевымъ, будто внучки при внукахъ вовсе не наслѣдуютъ, потому что лица женскаго пола не пользуются правомъ представленія при братьяхъ, не находитъ себѣ твердой опоры ни въ исторіи, ни въ дѣйствующемъ законодательствѣ.

IV. Наслѣдованіе въ боковой линіи. Наслѣдство переходитъ въ боковыя линіи, когда нѣтъ наслѣдниковъ въ нисходящей линіи. Законъ (т. X ч. 1 ст. 1134) упоминаетъ только о томъ случаѣ, когда послѣ умершаго не осталось нисходящихъ. Но, кромѣ бездѣтности, возможны и другіе случаи, а именно, когда наслѣдникъ въ нисходящей линіи оказывается

неспособнымъ къ принятію наслѣдства, напр., постригается въ монашество или лишится всѣхъ правъ состоянія.

Многочисленность боковыхъ линій влечетъ за собою не совмѣстное участіе ихъ въ наслѣдованіи, но послѣдовательность. Ближайшая боковая линія исключаетъ дальнѣйшую (т. X ч. 1 ст. 1136). Близость линіи опредѣляется близостью общаго родоначальника, дающаго начало линіямъ, въ которыхъ находится наслѣдодатель и родственники его, предполагаемые наслѣдники. Такъ, первую боковую линію составляютъ братъ или сестра съ ихъ потомствомъ, племянниками, ихъ дѣтьми и т. д., потому что эти линіи сходятся съ линіею наслѣдодателя въ лицѣ отца послѣдняго, ближайшаго ему родоначальника. Дядя, тетка и ихъ потомство, двоюродные братья и сестры, дѣти ихъ—образуютъ вторую боковую линію, потому что общимъ родоначальникомъ ихъ является дѣдъ наслѣдодателя. При наличности первой боковой линіи, братьевъ и сестеръ, вторая и дальнѣйшія не имѣютъ никакихъ правъ на наслѣдство. При отсутствіи родственниковъ первой боковой линіи, право наслѣдованія переходитъ ко второй боковой линіи, дядѣ, теткѣ, двоюроднымъ братьямъ и сестрамъ. Недостатокъ родственниковъ во второй линіи переноситъ наслѣдство въ третью линію и т. д. Если будетъ не одна, а нѣсколько равныхъ между собою линій, то наслѣдство дѣлится между ними такъ же, какъ и въ линіяхъ нисходящихъ, т.-е. равныя степени дѣлятъ имущество поголовно, а ближайшая степень исключаетъ дальнѣйшую (т. X ч. 1 ст. 1136). Такъ, напр., нѣсколько братьевъ, родныхъ или двоюродныхъ, получаютъ всѣ поровну.

Наслѣдованіе въ боковой линіи имѣетъ свою особенность. Если въ нисходящей линіи лица женскаго пола получаютъ меньшую долю сравнительно съ мужчинами, то въ боковой линіи женщины совершенно исключаются лицами мужского пола. Въ боковыхъ линіяхъ сестры при братьяхъ родныхъ и ихъ потомкахъ обоего пола не имѣютъ права на наслѣдство (т. X ч. 1 ст. 1135), или, какъ это выражается въ поговоркѣ, сестра при братѣ не наслѣдница. Сестры вступаютъ въ наслѣдственныя права только за отсутствіемъ въ той же боковой линіи лицъ мужского пола равной съ ними степени. Такимъ образомъ, если послѣ наслѣдодателя осталось два брата и сестра, то наслѣдство его раздѣлятъ пополамъ только братья, а сестра не получитъ ничего. Буквальный смыслъ приведенной статьи способенъ былъ бы возбудить мысль, что такое исклю-

ченіе братьями сестеръ имѣетъ мѣсто только въ первой боковой линіи. Но въ предупрежденіе такого толкованія въ 1879 году мнѣніемъ Государственнаго Совѣта по частному дѣлу разъяснено, что содержащееся въ этой статьѣ правило относится до всѣхъ боковыхъ линій вообще, а не исключительно до первой, и притомъ касается не только первыхъ степеней каждой линіи, но и всѣхъ другихъ степеней, призываемыхъ къ наслѣдству.

Право представленія имѣетъ въ боковыхъ линіяхъ такое же примѣненіе, какъ и въ нисходящихъ (т. X ч. 1 ст. 1136). Благодаря ему возможны случаи исключенія ближайшихъ степеней дальнѣйшими въ тѣхъ же линіяхъ. Такъ, напр., наслѣдодатель имѣетъ сестру и племянницу, дочь уже умершаго брата: если бы братъ былъ живъ, то онъ получилъ бы все наслѣдство, а за смертью его, по праву представленія, наслѣдство переходитъ цѣликомъ къ наслѣдницѣ (третья степень) съ устраненіемъ сестры наслѣдодателя (вторая степень). Положимъ, у наслѣдодателя были братъ и сестра, оба умершіе ко времени открытія наслѣдства. Братъ оставилъ дочь, а сестра сына. Если бы родители были живы, то получилъ бы братъ, а сестра нѣтъ: по праву представленія все наслѣдство цѣликомъ переходитъ къ племянницѣ наслѣдодателя, съ устраненіемъ племянника. Такимъ образомъ самъ законъ нарушаетъ проводимый имъ принципъ предпочтенія мужчинъ женщинамъ при наслѣдованіи.

Такъ какъ въ боковыхъ линіяхъ сестры при братьяхъ не имѣютъ права на наслѣдство, то онѣ исключаются изъ наслѣдованія и по праву представленія. Въ этомъ положеніи заключается особенность права представленія при наслѣдованіи въ боковой линіи. Напр., послѣ бездѣтной смерти наслѣдодателя остаются одинъ братъ въ живыхъ и племянникъ съ племянницею, дѣти умершаго другого брата; наслѣдство раздѣлится на двѣ части, изъ которыхъ одну получитъ братъ наслѣдодателя, другую—племянникъ, тогда какъ племянница ничего не получитъ.

Изъ общаго положенія, что благопріобрѣтенное имущество въ боковой линіи идетъ въ родъ отца, нашъ законъ дѣлаетъ неожиданное отступленіе, ничѣмъ, кромѣ исторической ошибки, не оправдываемое. Въ то время какъ послѣ брата въ родовой недвижимости, дошедшей отъ отца, наслѣдуютъ въ равной мѣрѣ его родные и единокровные братья, и только за отсут-

ствіемъ тѣхъ и другихъ вступаютъ въ наслѣдованіе родныя и единокровныя сестры (кас. рѣш. 1908, № 13), для наслѣдованія въ имуществѣ, пріобрѣтенномъ самимъ бездѣтнымъ наслѣдодателемъ, установлены особыя правила. Когда послѣ умершаго безъ дѣтей брата осталось благопріобрѣтенное имущество, то право наслѣдованія въ немъ принадлежитъ прежде всего его роднымъ братьямъ, за отсутствіемъ ихъ наслѣдуютъ родныя сестры, за отсутствіемъ тѣхъ и другихъ единокровные и единоутробные братья, наконецъ, за отсутствіемъ и этихъ наслѣдниковъ, наслѣдство переходитъ къ единокровнымъ и единоутробнымъ сестрамъ (т. X ч. 1 ст. 1140, кас. рѣш. 1887, № 106). Такимъ образомъ единокровные братья, принадлежащіе къ тому же роду, какъ и полнородные братья умершаго, могли бы ожидать равнаго съ ними участія въ наслѣдованіи, а между тѣмъ законъ совершенно устраняетъ ихъ. Вопреки опять-таки общему принципу, полнородныя сестры устраняютъ единокровныхъ братьевъ. Такъ какъ правило это не согласовано съ общимъ законодательствомъ о наслѣдованіи и представляетъ отступленіе отъ принятой въ немъ системы, ему должно быть дано самое ограниченное примѣненіе, не выходящее изъ предѣловъ, намѣченныхъ указанною статьею (кас. рѣш. 1881, № 3).

V. Наслѣдованіе въ восходящей линіи. Хотя въ нашемъ законодательствѣ находится особый отдѣлъ о порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей, но въ дѣйствительности наслѣдованіе это носитъ совершенно случайный характеръ. Родители устраняются отъ наслѣдованія въ имуществѣ ихъ дѣтей, хотя бы умершихъ безъ потомства, въ пользу самыхъ отдаленныхъ родственниковъ. Притомъ самъ законъ въ постановленіяхъ, содержащихся въ означенномъ отдѣлѣ, старается исключить даже мысль о возможности наслѣдованія со стороны родителей (т. X ч. 1 ст. 1141).

Когда имущество не самими дѣтьми пріобрѣтено, но уступлено сыну или дочери родителями при жизни этихъ послѣднихъ въ видѣ дара (выдѣлъ, приданое), и когда притомъ послѣ умершаго сына или дочери не осталось дѣтей, но только наслѣдники въ боковыхъ линіяхъ, то имущество такое, не въ видѣ наслѣдства, а яко даръ, возвращается къ родителямъ, каждому то, что отъ кого было получено (т. X ч. 1 ст. 1142). Законодатель, точно намѣренно, возбуждаетъ сомнѣніе относительно юридической природы преемства родителей, есть ли это наслѣдованіе или возвращеніе дара. Въ пользу того, что раз-

сматриваемое преемство составляетъ не что иное, какъ наслѣдованіе, говорить то, α) что приведенная статья, какъ и нѣсколько слѣдующихъ, подведены подъ общее заглавіе «о порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей»; β) что законъ 3 іюня 1902 г. подтвердилъ эту точку зрѣнія, постановивъ, что мать внѣбрачнаго ребенка наслѣдуетъ по правиламъ о порядкѣ наслѣдованія въ восходящей линіи; γ) что законъ 20 марта 1911 года объ авторскомъ правѣ называетъ родителей прямо наслѣдниками: δ) что въ историческихъ основаніяхъ, на которыхъ построена ст. 1141, дѣлается ссылка на естественное право и на разумъ нашихъ законовъ, не допускающіе удаленія родителей отъ наслѣдованія послѣ своихъ бездѣтно умершихъ дѣтей. Что же говоритъ въ пользу противоположной точки зрѣнія? Законодатель, озаглавивъ отдѣленіе IV «О порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей», начинаетъ свое изложеніе фразой: «родители не наслѣдуютъ послѣ дѣтей въ пріобрѣтенномъ сими послѣдними имуществѣ», а въ слѣдующей статьѣ, говоря о возвращеніи къ родителямъ подареннаго имъ прежде своимъ дѣтямъ, заявляетъ, что такое имущество возвращается «не въ видѣ наслѣдства, а яко даръ». Противорѣчіе явное, и неудивительно, что въ пониманіи родительскаго преемства и литература и судебная практика проявили колебанія.

Между тѣмъ рѣшеніе этого вопроса въ томъ или иномъ направленіи имѣетъ большое практическое значеніе. Если это одинъ изъ случаевъ возвращенія дара, а не наслѣдованія, тогда родители, какъ не признаваемые наслѣдниками послѣ своихъ дѣтей, не могутъ отвѣтствовать за долги послѣднихъ за предѣлами цѣнности полученнаго имущества (кас. рѣш. 1876, № 274, 1899, № 12). Если же преемство родителей признать за наслѣдованіе, тогда родители, какъ и всѣ вообще наслѣдники, должны отвѣчать не только полученнымъ, но и своимъ собственнымъ имуществомъ (т. X ч. 1 ст. 1259). Если это возвращеніе дара, а не наслѣдованіе, тогда супругъ умершаго не можетъ получить своей указной части, такъ какъ даръ долженъ быть возвращенъ въ томъ видѣ, какой онъ имѣлъ, когда былъ данъ. Но такой выводъ противорѣчилъ бы отсутствію указаній въ законѣ на лишеніе супруга указной части при какихъ бы то ни было условіяхъ.

Признавъ преемство родителей за форму наслѣдованія, мы должны признать, что наслѣдственныя права родителей пред-

полагаютъ: а) отсутствіе у наслѣдодателя дѣтей въ смыслѣ нисходящихъ наслѣдниковъ, потому что внѣбрачныя дѣти, какъ не наслѣдники послѣ отца, не препятствуютъ наслѣдственнымъ правамъ его родителей; b) наличность полученной отъ родителей движимости или недвижимости, въ видѣ даренія, приданаго или выдѣла. Имущество возвращается къ тому именно родителю, отъ котораго было получено—«каждому то, что отъ кого было получено». Законъ говоритъ о возвращеніи имущества къ родителямъ (т. X ч. 1 ст. 1142), но не къ другимъ восходящимъ родственникамъ, отъ которыхъ оно могло бы достаться, и по господствующему взгляду право наслѣдованія въ восходящей линіи не идетъ далѣе родителей, хотя законъ, въ противорѣчіе самому себѣ, предполагаетъ случай, когда «наслѣдство обращается къ родителямъ и восходящимъ родственникамъ умершаго» (т. X ч. 1 ст. 1121). Мачеха или отчимъ, конечно, не могутъ быть подводимы подъ выраженіе «родители» (кас. рѣш. 1908, № 38).

Если родители наслѣдники въ дошедшемъ отъ нихъ имуществѣ, то они должны отвѣчать, какъ наслѣдники за долги дѣтей, т.-е. собственнымъ своимъ имуществомъ (т. X ч. 1 ст. 1259). Нѣтъ никакого основанія создавать для даннаго случая «наслѣдованіе съ ограниченною отвѣтственностью въ размѣрѣ полученнаго наслѣдства», какъ это дѣлаетъ Анненковъ. Изъ того, что законъ предписываетъ капиталы, оставшіеся послѣ бездѣтно умершихъ обращать прежде всего на удовлетвореніе требованій частныхъ и казенныхъ, и уже затѣмъ, «то, что за симъ удовлетвореніемъ останется» отдавать родителямъ (т. X ч. 1 ст. 1146),—нельзя дѣлать вывода объ устраненіи для родителей общей отвѣтственности, установленной для наслѣдниковъ.

Помимо указаннаго права наслѣдованія, родителямъ принадлежитъ еще право пожизненнаго пользованія имуществомъ ихъ дѣтей, умершихъ безъ потомства и не оставившихъ завѣщанія. Это право распространяется только на благопріобрѣтенное имущество дѣтей, но не на родовыя недвижимости. Правда, законъ (т. X ч. 1 ст. 1141) говоритъ о пріобрѣтенномъ, а не благопріобрѣтенномъ имуществѣ, но совершено ясно, что законъ не имѣетъ въ виду родовыхъ имуществъ (кас. рѣш. 1908, № 69). Послѣднія, если только не дошли отъ родителей или дошли отъ умершаго уже родителя, идутъ въ боковыя линіи, по общему порядку, отцовское въ родъ отца, материнское въ

родъ матери. Пожизненное пользованіе, какъ не составляющее права наслѣдованія, нисколько не препятствуетъ принятію того же имущества, въ качествѣ наслѣдства, со стороны законныхъ наслѣдниковъ. Родители имѣютъ вещное право, и потому наслѣдники, пріобрѣвшіе право собственности, не могутъ осуществить своихъ правъ въ пользованіи, а отчужденіе съ ихъ стороны права собственности не оказываетъ никакого вліянія на права родителей. Если въ составъ благопріобрѣтеннаго имущества входитъ авторское право, то оно переходитъ къ родителямъ, оказывающимся единственными наслѣдниками въ отношеніи этого права, не въ пожизненное владѣніе, а, какъ неправильно выражается законъ 20 марта 1911 года,—въ собственность (ст. 6). Родители въ своихъ правахъ на благопріобрѣтенное имущество, могутъ встрѣтить конкурента въ лицѣ супруга ихъ умершаго сына или умершей дочери. Объектомъ ихъ права пользованія можетъ быть оставшееся послѣ умершаго имущество, но только за вычетомъ указной доли супруга. Пользовладѣніе принадлежитъ отцу и матери совокупно (т. X. ч. 1 ст. 1141). Слѣдовательно, при жизни обоихъ, каждый изъ нихъ имѣетъ право на равную часть доходовъ, въ случаѣ же смерти одного, пользовладѣніе принадлежитъ оставшемуся живымъ не въ половинѣ, а полностью. Когда послѣ смерти автора остались супругъ и родители, но нѣтъ другихъ наслѣдниковъ въ отношеніи авторскаго права, то субъектами этого права становятся совмѣстно супругъ и родители, подчиняясь въ осуществленіи своихъ правъ, по аналогіи, правиламъ объ общей собственности. Супругъ и родители наслѣдуютъ въ равныхъ доляхъ (ст. 6, п. 3).

VI. Наслѣдованіе супруговъ. Если въ основаніи наслѣдственнаго права лежитъ начало кровнаго родства, то супруги не могутъ наслѣдовать другъ послѣ друга. Но, съ другой стороны, мужъ обязывается при жизни содержать жену, супруги, благодаря соединеннымъ имущественнымъ средствамъ, пріобрѣтаютъ извѣстныя привычки. Логично дать женѣ право на извѣстную часть имущества умершаго мужа, который при жизни принужденъ былъ заботиться о ея обезпеченіи. Справедливо предоставить взаимное право наслѣдованія супругамъ, которые являются наиболѣе близкими другъ другу лицами. Поэтому всѣ законодательства дѣлаютъ для супруговъ отступленіе отъ основного начала наслѣдственного права. Въ послѣднее время замѣчается даже стремленіе къ расширенію правъ супруга на на-

слѣдство, чему примѣромъ могутъ служить англійскій законъ 1890 года, французскій законъ 1891 года и германское уложеніе 1896 г. Различіе между ними обнаруживается главнымъ образомъ въ томъ, что одни (какъ французское и швейцарское законодательства) предпочитаютъ обезпечивать вдоваго супруга пожизненнымъ пользованіемъ въ наслѣдственномъ имуществѣ, а другія (какъ германское законодательство) выдѣляютъ вдовому супругу часть наслѣдственнаго имущества на правѣ собственности.

Русское законодательство, стоящее все еще на исторической почвѣ, не признаетъ, по крайней мѣрѣ, по идеѣ, наслѣдственныхъ правъ супруговъ, но открываетъ мужу возможность, хотя и не обязываетъ его, обезпечить существованіе жены изъ оставшагося послѣ него имущества. Такое обезпеченіе достигается двоякимъ образомъ: 1) посредствомъ указной части и 2) предоставленіемъ пожизненнаго пользованія. Если указная часть не составляетъ наслѣдственной доли, а является, по цѣли своей, только средствомъ обезпеченія, то непослѣдовательнымъ нужно признать распространеніе этого права и на мужа въ отношеніи имущества жены. Наслѣдственная доля супруга по русскому законодательству опредѣляется безъ всякаго отношенія къ тому, имѣются ли у наслѣдодателя дѣти или нѣтъ. Ближе жены для мужа, или ближе мужа для жены могутъ быть дѣти, и потому понятно, что изъ-за нихъ ограничивается доля пережившаго супруга. Но законъ нашъ назначаетъ супругу ту же долю при наличности дѣтей и при отсутствіи ихъ. Во всякомъ случаѣ, возможность перехода почти всего имущества супруга къ самымъ отдаленнымъ по крови родственникамъ, минуя нравственно ближайшее къ наслѣдодателю лицо, является актомъ глубокой несправедливости.

Указная часть супруга представляетъ нѣкоторое отличіе сравнительно съ наслѣдственною долею: а) наслѣдственное право, не осуществленное въ продолженіе 10 лѣтъ, утрачивается по давности, тогда какъ право требовать отъ наслѣдниковъ выдѣла указной части не прекращается давностью (т. X ч. 1 ст. 1152). b) Наслѣдственное право, пріобрѣтенное лицомъ съ момента открытія наслѣдства, переходитъ въ свою очередь къ его наслѣдникамъ, тогда какъ наслѣдники овдовѣвшаго супруга не имѣютъ права на указную часть, если самъ супругъ при жизни не требовалъ выдѣла ея (т. X ч. 1 ст. 1152). c) Если указная часть не наслѣдственная доля, а средство обезпеченія, то

логично не возлагать на вдоваго супруга отвѣтственности за долги умершаго. Такъ именно и рѣшаетъ вопросъ Сенатъ, который отрицаетъ наслѣдственный характеръ въ указной долѣ, и тогда получается новая особенность—супругъ, получившій указную часть, отвѣтствуетъ за долги наслѣдодателя лишь въ предѣлахъ цѣнности полученнаго. Но, если принять во вниманіе, что законъ говоритъ «о правѣ наслѣдованія» супруговъ, что, по закону, мужъ послѣ жены «наслѣдуетъ» по тѣмъ же правиламъ, какъ и жена послѣ мужа (т. X ч. 1 ст. 1153),—мы эту особенность указной доли должны отвергнуть. Это не только право на извѣстную часть цѣнности наслѣдства, очищеннаго отъ долговъ, а это право вступленія въ совокупность юридическихъ отношеній супруга, послѣ котораго открылось наслѣдство; съ нимъ соединено и соотвѣтствующее долѣ принятіе на себя обязанностей наслѣдодателя. Само собою разумѣется, что наслѣдовать можетъ мужъ послѣ жены и жена послѣ мужа только при томъ условіи, если бракъ ихъ не былъ предварительно расторгнутъ.

Указная часть опредѣляется по составу того имущества, какое принадлежало умершему супругу въ моментъ открытія наслѣдства. Однако, право супруга на указную часть не ограничиваетъ другого супруга въ свободномъ распоряженіи посредствомъ завѣщанія своимъ благопріобрѣтеннымъ имуществомъ, которое можетъ быть имъ завѣщано—кому угодно. Когда послѣ умершаго осталось завѣщаніе, то оставшемуся въ живыхъ супругу опредѣляются одному послѣ другого указныя доли изъ той только части имущества, о которыхъ не сдѣлано въ завѣщаніи распоряженій (т. X ч. 1 ст. 1148).

Величина указной части составляетъ $^1/_7$ изъ недвижимости и $^1/_4$ изъ движимости, т.-е. вдвое больше въ сравненіи съ указною частью дочери. Наслѣдственная доля супруга неизмѣнна въ своей величинѣ, и не измѣняется отъ наличности или отсутствія другихъ наслѣдниковъ. Приданое и собственное имущество овдовѣвшаго супруга, какъ принадлежавшее ему до брака, такъ и пріобрѣтенное имъ по вступленіи въ него, въ указную его часть не зачитается (т. X ч. 1 ст. 1150). Въ одномъ только случаѣ право супруга распространяется на всю недвижимость: когда мужъ дворянскаго состоянія приметъ съ Высочайшаго утвержденія фамилію своей жены, по причинѣ пресѣченія мужского поколѣнія ея рода, тогда, въ случаѣ смерти бездѣтной жены все ея недвижимое имущество,

которое дошло къ ней отъ отца, переходитъ къ мужу (т. X ч. 1 ст. 1160).

Право наслѣдниковъ овдовѣвшаго супруга на указную часть утрачивается только въ томъ случаѣ, если онъ при жизни своей не требовалъ выдѣла этой части. Если же съ его стороны такая просьба была заявлена, то хотя бы она оставлена была безъ удовлетворенія, наслѣдники въ правѣ домогаться полученія и притомъ безъ ограниченія давностью (кас. рѣш. 1878, № 255). Право на выдѣлъ изъ имущества умершаго супруга указной части другому, въ живыхъ оставшемуся, супругу, въ случаѣ объявленія его несостоятельнымъ должникомъ, переходитъ къ конкурсному управленію, а въ случаѣ обнаруженной недостаточности его имущества при обращеніи взысканія въ исполнительномъ порядкѣ,—къ его кредиторамъ (т. X ч. 1 ст. 1155). Между правами наслѣдниковъ и кредиторовъ обнаруживаются слѣдующія различія: a) Наслѣдники могутъ требовать указной части только послѣ смерти овдовѣвшаго супруга; тогда какъ конкурсу и кредиторамъ это право предоставляется только при жизни должника; по смерти же его никакихъ требованій на выдѣлъ указной части предъявлять они уже не могутъ. b) Требованіе наслѣдниковъ обусловливается заявленіемъ овдовѣвшаго супруга о выдѣлѣ ему его части, тогда какъ требованіе кредиторовъ независимо отъ подобнаго заявленія должника,—оно возможно помимо и даже вопреки ему.

Право на указную часть представляется чѣмъ-то совершенно исключительнымъ съ юридической точки зрѣнія, когда требованіе о выдѣлѣ обращается со стороны овдовѣвшаго супруга къ свекру или тестю умершаго. Это право можетъ быть осуществлено не только по смерти послѣднихъ, но даже при жизни ихъ. Такимъ образомъ въ то время какъ сами дѣти не могутъ и по достиженіи совершеннолѣтія требовать отъ родителей выдѣла (т. X ч. 1 ст. 995), супруги ихъ пользуются этимъ правомъ. Это право представляется тѣмъ болѣе поразительнымъ, что оно присвоено не только вдовѣ сына, но и вдовцу, мужу дочери.

Овдовѣвшему мужу принадлежитъ право требовать по смерти тестя, а овдовѣвшей женѣ послѣ смерти свекра указную часть изъ того имущества, которое слѣдовало бы умершему супругу, если бы, при открытіи наслѣдства послѣ отца его, онъ въ живыхъ находился (т. X ч. 1 ст. 1149). Если же за умершимъ супругомъ не было собственной недвижимости, а осталось одно

только движимое имущество, то вдова его получаетъ при жизни свекра ея указную часть изъ той доли недвижимаго имѣнія послѣдняго, которая слѣдовала бы умершему ея мужу, и четвертую часть изъ движимаго имущества мужа; но на движимое имущество свекра, при жизни его, она права не имѣетъ (т. X ч. 1. ст. 1151). Такое же право принадлежитъ овдовѣвшему мужу (т. X ч. 1 ст. 1153). Такимъ образомъ, когда умершій супругъ оставилъ собственныя недвижимости, то вдовый супругъ имѣетъ права на $^1/_7$ ихъ и на $^1/_4$ изъ оставшейся движимости, а по смерти свекра или тестя—на указную часть той доли имущества послѣднихъ, которая принадлежала бы умершему при открытіи наслѣдства. Если же умершій не имѣлъ недвижимости, то вдовый супругъ, за полученіемъ $^1/_4$ изъ оставшейся движимости, можетъ требовать отъ свекра или тестя выдѣла ему при жизни указной части изъ наслѣдственной доли умершаго въ недвижимости, а послѣ смерти этихъ лицъ—изъ наслѣдственной доли умершаго супруга въ движимости.

Очевидно, такое право представляется совершенно исключительнымъ и потому подлежитъ строго ограничительному толкованію: такъ право на выдѣлъ указной части не распространяется на имущество тещи или свекрови. Наша практика стремится еще болѣе сузить примѣненіе указаннаго правила, ограничивая это право на выдѣлъ указной части только родовымъ имуществомъ и не допуская распространенія на благопріобрѣтенное (кас. рѣш. 1884, № 23; 1897, № 68). По мнѣнію практики, допущеніе такого принудительнаго выдѣла изъ благопріобрѣтеннаго имущества при жизни его обладателя представлялось бы совершенно непонятнымъ стѣсненіемъ свободы распоряженія, лишеніемъ собственника пріобрѣтенныхъ имъ благъ. При всемъ томъ, нельзя не согласиться съ Побѣдоносцевымъ, что такія соображенія убѣдительны для того, кто разсматриваетъ законъ о вдовьей части съ законодательной точки зрѣнія, съ цѣлью подвергнуть его критикѣ. Съ точки же зрѣнія догматической слѣдуетъ признать, что такое толкованіе представляется произвольнымъ. Законъ не дѣлаетъ самъ никакого различія между родовымъ и благопріобрѣтеннымъ имуществомъ въ данномъ отношеніи. Ограниченіе его примѣненія однимъ родовымъ имуществомъ могло бы привести къ непредусмотрѣнному въ самомъ законѣ случаю непримѣненія его, а именно, когда у свекра или тестя имѣется только благопріобрѣтенное имущество.

Хотя родовая недвижимость должна переходить къ закон-

нымъ наслѣдникамъ, но законъ допускаетъ отступленіе въ пользу супруговъ, разрѣшая завѣщать его однимъ другому въ пожизненное пользованіе. Въ противоположность родительскому праву пользованія, основанному на законѣ, супружеское пользованіе основывается на завѣщаніи (т. X ч. 1 ст. 533[1]), которое должно быть непремѣнно составлено нотаріальнымъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 1070). Супругъ, которому предоставлено право на пожизненное пользованіе родовою недвижимостью другого супруга, черезъ то самое лишается указной, слѣдующей ему, по общимъ правиламъ, части изъ этого имущества. Однако, вопреки волѣ завѣщателя, вдовый супругъ можетъ, не вступая въ предоставленное ему пожизненное пользованіе, отречься отъ него и вмѣсто того требовать себѣ въ собственность указную часть изъ всего имѣнія на общемъ основаніи (т. X ч. 1 ст. 1148 прим.). Если же супругъ вступилъ уже въ пользовладѣніе, онъ не въ правѣ послѣ этого требовать выдѣла указной доли.

VII. Выморочное наслѣдство. Отсутствіе кровныхъ родственниковъ, или усыновленныхъ, имѣющихъ право наслѣдованія, превращаетъ оставшееся наслѣдство въ выморочное. За неимѣніемъ наслѣдниковъ имущество поступаетъ къ государству. Законъ нашъ называетъ и этотъ переходъ имущества наслѣдованіемъ. Такъ, по крайней мѣрѣ озаглавливаются правила о выморочныхъ имуществахъ и въ то же время законъ называетъ имущество выморочнымъ, если послѣ умершаго не останется вовсе наслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 1162). Сенатъ также признаетъ право на выморочное имущество правомъ наслѣдованія (общ. собр. 1887, № 19). Однако, едва ли можно признать за государствомъ наслѣдственное право на имущество его гражданъ. По мнѣнію Мейера, здѣсь тѣмъ менѣе можетъ быть рѣчь о наслѣдованіи, что самое наслѣдство получаетъ названіе выморочнаго вслѣдствіе отсутствія наслѣдниковъ. Но дѣло не въ томъ. Законъ можетъ признать наслѣдство выморочнымъ, когда нѣтъ болѣе никого изъ тѣхъ лицъ, которыя призываются къ наслѣдованію по принятой системѣ, напр., кровныхъ родственниковъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ предоставить это имущество какимъ-либо инымъ лицамъ, напр., супругу. Германское уложеніе (§ 1964) прямо называетъ казну наслѣдникомъ. Признанію характера наслѣдованія за переходомъ выморочнаго наслѣдства къ государству препятствуютъ другія обстоятельства. Мы должны признать существенное отличіе такого перехода, въ противоположность настоящему наслѣдованію, въ

томъ, что казна, вопреки заявленію закона (т. X ч. 1 ст. 1263), не отвѣчаетъ по обязательствамъ наслѣдодателя, какъ это дѣлаетъ принявшій наслѣдникъ, потому что въ десятилѣтій срокъ погашаются уже всѣ долги наслѣдодателя. Къ казнѣ поступаютъ только оставшіяся безхозяйныя вещи, но не имущество, и то по удовлетвореніи изъ нихъ цѣнности всѣхъ долговъ наслѣдодателя. Такъ именно и смотритъ на дѣло французское законодательство (франц. гражд. код. § 769). Притомъ, если признать право наслѣдованія казны, то необходимо сдѣлать выводъ, что оно возникаетъ въ моментъ истеченія десятилѣтняго срока, въ продолженіе котораго наслѣдники по родству не осуществили своего права. А между тѣмъ та же судебная практика склонна считать, что если наслѣдники явятся по прошествіи 10 лѣтъ со дня ихъ вызова, а наслѣдство все еще остается свободнымъ, т.-е. не состоитъ ни въ чьемъ чужомъ законно обоснованномъ обладаніи, то правило о десятилѣтней давности непримѣнимо и наслѣдники въ правѣ во всякое время явиться и взять его (кас. рѣш. 1908, № 16).

Имущество признается выморочнымъ, когда послѣ умершаго не останется вовсе наслѣдниковъ или хотя таковыяи останутся, но никто изъ нихъ не явится въ теченіе 10 лѣтъ со времени послѣдняго пропечатанія въ вѣдомостяхъ вызова о явкѣ для полученія наслѣдства, а если публикаціи не было, то со времени открытія наслѣдства, или же когда изъ явившихся на этотъ срокъ никто не докажетъ своего права (т. X ч. 1 ст. 1162). Конечно, наслѣдство можетъ оказаться въ такомъ положеніи не только послѣ смерти наслѣдодателя, но и послѣ лишенія его всѣхъ правъ состоянія, постриженія въ монашество, наконецъ, въ случаѣ безвѣстнаго отсутствія.

Конкурентами казны по отношенію въ выморочнымъ имуществамъ являются нѣкоторыя учрежденія. Выморочныя недвижимыя имущества, остающіяся послѣ потомственныхъ дворянъ, какъ записанныхъ, такъ и не записанныхъ въ дворянскія родословныя книги, обращаются въ пользу дворянства той губерніи, въ предѣлахъ которой эти имущества находятся (т. X ч. 1 ст. 1172); движимость же, не составляющая принадлежности недвижимости, отдается тому дворянству, въ родословную книгу котораго наслѣдодатель или его отецъ или его дѣдъ записаны (т. X ч. 1 стт. 1172[2], 1172[3], 1172[4]). Выморочныя движимыя имущества, остающіяся по смерти духовныхъ властей, обращаются въ духовное вѣдомство (т. X ч. 1 ст. 1170).

Недвижимости въ предѣлахъ города и отведенныхъ ему земель, исключая принадлежавшія лицамъ дворянскаго происхожденія (т. X ч. 1 ст. 1172[6]), обращаются въ пользу города (т. X ч. 1 ст. 1172[7]). Выморочное наслѣдство сельскихъ обывателей поступаетъ въ собственность того сельскаго общества, къ которому наслѣдодатель былъ приписанъ (т. X ч. 1 ст. 1172). Выморочныя имущества, оставшіяся послѣ членовъ университета и чиновниковъ учебнаго вѣдомства, министерства народнаго просвѣщенія или вѣдомства императрицы Маріи, обращаются въ пользу тѣхъ учебныхъ заведеній, при которыхъ умершіе находились (т. X ч. 1 стт. 1168 и 1169; т. XI ч. 1, изд. 1893, стт. 542, 646, 776, 903). Такое же право предоставлено закономъ въ пользу Императорской Академіи Художествъ (т. X ч. 1 ст. 1168[1]). Когда послѣ умершихъ ссыльныхъ не окажется въ мѣстѣ ссылки прямыхъ наслѣдниковъ, то движимое имущество ихъ не обращается къ наслѣдникамъ, пребывающимъ во внутреннихъ губерніяхъ, а поступаетъ въ экономическій капиталъ ссыльныхъ (уст. о ссыльныхъ, изд. 1909, ст. 226).

Въ одномъ случаѣ наслѣдство, оставшееся безъ наслѣдниковъ, не становится выморочнымъ. По закону 20 марта 1911 г., если авторъ не распорядился при жизни своимъ авторскимъ правомъ и послѣ него не осталось наслѣдниковъ, то авторское право прекращается со дня смерти автора (ст. 7), а не переходитъ къ государству или инымъ союзамъ.

§ 70.

Принятіе наслѣдства и отреченіе отъ него.

Литература: Гордонъ, *Открытіе и принятіе наслѣдства и отреченіе отъ него* („Суд. В.“ 1870, №№ 54, 55, 59, 60, 63, 65 и 68); Любавскій, *О принятіи наслѣдства и отреченіи отъ него* („Юрид. Моногр.“, т. III, стр. 462—479); Кавелинъ, *Очеркъ*, стр. 119—130; Башмаковъ, *О владѣніи по наслѣдству или сезинъ* („Ж. М. Ю.“, 1901, № 2).

I. Принятіе наслѣдства. Въ моментъ открытія наслѣдства лицо, назначенное въ завѣщаніи или указанное въ законѣ, пріобрѣтаетъ право наслѣдованія. Это право присваивается ему помимо его воли, независимо отъ выраженнаго имъ намѣренія, въ силу одного только юридическаго событія смерти, лишенія всѣхъ правъ состоянія, постриженія въ монашество, безвѣстнаго отсутствія наслѣдодателя. Но это право наслѣдованія или

наслѣдственное право не тождественно съ самимъ наслѣдованіемъ. Право наслѣдованія есть только право на вступленіе въ тѣ юридическія отношенія, которыя въ совокупности составляютъ наслѣдство, но не самое вступленіе. Лицо, имѣющее право наслѣдованія съ момента открытія наслѣдства, не можетъ еще считаться субъектомъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ состоялъ наслѣдодатель. Оно еще не имѣетъ ни права собственности, ни права требованія, ни залоговаго права, ни авторскаго и никакого иного изъ тѣхъ, которыя принадлежали наслѣдодателю.

Чтобы стать субъектомъ правъ и обязанностей, наслѣднику необходимо принять наслѣдство. *Подъ принятіемъ наслѣдства понимается выраженіе воли со стороны лица, призваннаго къ наслѣдованію, вступить во всѣ юридическія отношенія, составляющія въ совокупности наслѣдство.* Только со времени принятія наслѣдникъ становится субъектомъ права собственности на вещи, находящіяся въ составѣ наслѣдства, кредиторомъ и должникомъ по обязательствамъ, которыми былъ связанъ наслѣдодатель. Принятіе является одностороннею юридическою сдѣлкою, выражающею согласіе на сдѣланное завѣщателемъ предложеніе, или осуществленіе предоставляемаго ему закономъ права. До принятія наслѣдства не имѣется физическаго субъекта, наслѣдство является само субъектомъ правъ и обязанностей. Въ лицѣ своихъ опекуновъ оно осуществляетъ принадлежащія наслѣдодателю права, выполняетъ лежавшія на послѣднемъ обязанности, сохраняетъ въ неприкосновенности имущество въ пользу ожидаемыхъ наслѣдниковъ. Состоявшееся принятіе, когда бы оно ни послѣдовало, вскорѣ по открытіи наслѣдства или спустя значительное время, посредствомъ фикціи относится къ моменту открытія наслѣдства, потому что юридическая личность наслѣдства создана была въ интересахъ только самихъ наслѣдниковъ. Никто, кромѣ нихъ, и не можетъ воспользоваться тою цѣнностью, которую представляло оставшееся имущество до принятія. Эта обратная сила является необходимымъ дополненіемъ принятія наслѣдства.

Въ иностранныхъ законодательствахъ обнаруживается различное отношеніе къ настоящему вопросу. Одни, слѣдуя римскому праву, признаютъ необходимость особаго акта принятія, тогда какъ другія, основываясь на древне-германскихъ началахъ, считаютъ его излишнимъ и признаютъ, что всѣ права пріобрѣтаются наслѣдникомъ сами собою въ моментъ открытія

наслѣдства. Въ древне-германскомъ правѣ сложилось представленіе, что смерть не дѣлаетъ перерыва въ обладаніи имуществомъ (le mort saisit le vif). Этимъ положеніемъ воспользовались въ эпоху феодализма, чтобы отразить фискальныя посягательства сеньоровъ на открывшіяся наслѣдства. Можетъ быть такое представленіе соотвѣтствовало домашнему натуральному хозяйству и патріархальному складу семьи, но оно совершенно не согласуется съ современнымъ мѣновымъ хозяйствомъ и семейнымъ индивидуализмомъ. Большинство дѣйствующихъ законодательствъ не проводятъ послѣдовательно ни того, ни другого взгляда, и запутываются во внутреннихъ противорѣчіяхъ. По французскому законодательству (§ 724) наслѣдники вступаютъ, силою самаго закона, въ обладаніе имуществомъ, правами и исками умершаго, и также становятся обязанными по долгамъ наслѣдодателя, а въ то же время затонъ заявляетъ (§ 775), что никто не обязанъ принимать открывшееся въ его пользу наслѣдство. Но если наслѣдникъ силою закона сталъ уже собственникомъ, кредиторомъ, должникомъ по отношеніямъ, въ которыхъ состоялъ наслѣдодатель, что̀ можетъ значить актъ принятія или, еще болѣе, актъ непринятія? Отказъ отъ собственныхъ долговъ? При болѣе осторожномъ отношеніи къ § 724 Code civil мы вовсе не найдемъ того непосредственнаго перенесенія правъ и обязанностей, какое приписываютъ ему французскіе юристы. Скорѣе здѣсь можно обнаружить отвѣтъ на другой вопросъ: вступаютъ ли наслѣдники во владѣніе наслѣдствомъ сами собой (la saisine) или по опредѣленію суда (envoi en possession), вопросъ, который австрійскимъ уложеніемъ разрѣшается категорически во второмъ смыслѣ: никто не можетъ вступить во владѣніе наслѣдствомъ самовольно (§ 797). Если во французскомъ кодексѣ еще можно устранить противорѣчіе, то въ германскомъ уложеніи оно очевидно. Изъ опасенія момента, когда наслѣдственная масса, переставъ принадлежать наслѣдодателю и не получивъ еще наслѣдника, какъ субъекта, должна быть признана за hereditas jacens, германское уложеніе выставляетъ такое нерѣшительное опредѣленіе: наслѣдство переходитъ къ призванному наслѣднику съ сохраненіемъ за нимъ права отречься отъ него (§ 1942) и въ то же время постановляетъ, что наслѣдникъ можетъ принять наслѣдство или отречься отъ него, какъ только наслѣдство открылось (§ 1946). Еще ярче раскрывается это противорѣчіе въ швейцарскомъ кодексѣ (ср. §§ 560 и 566),

который выражается болѣе категорично. Только англійское право проявляетъ въ этомъ вопросѣ необходимую послѣдовательность. При наслѣдованіи по закону недвижимости наслѣдникъ признается собственникомъ ея съ момента открытія наслѣдства, безъ особаго акта принятія, но и безъ права отреченія (heir at law).

Представляется ли по русскому законодательству необходимымъ принятіе наслѣдства? Право на открывшееся наслѣдство, говоритъ законъ, принадлежитъ наслѣдникамъ съ самой кончины наслѣдодателя (т. X ч. 1 ст. 1254). Основываясь на этой статьѣ, нѣкоторые ученые и практика наша (кас. рѣш. 1893, № 4; 1897, № 71) предполагаютъ, что наслѣдникъ вступаетъ во всѣ юридическія отношенія наслѣдодателя въ моментъ открытія наслѣдства. Замѣтимъ предварительно, что въ законодательствѣ нашемъ не выработалась точная терминологія, и выраженія: наслѣдство, наслѣдованіе, употребляются довольно безразлично. Поэтому насъ не должно смущать употребленное въ разсматриваемой статьѣ выраженіе «право на наслѣдство». Оно должно быть понимаемо въ настоящемъ случаѣ въ смыслѣ права наслѣдованія. Правильность такого толкованія и необходимость принятія для пріобрѣтенія тѣхъ правъ и обязанностей, которыя составляютъ содержаніе наслѣдства, доказывается какъ исторически, такъ и догматически. Съ исторической точки зрѣнія смыслъ ст. 1254 объясняется докладомъ Сената 15 марта 1770 года, положеннымъ въ ея основу. Вопросъ заключался не въ томъ, съ какого момента наслѣдникъ становится субъектомъ всѣхъ правъ и обязанностей, составляющихъ наслѣдство, а какимъ образомъ вступаетъ наслѣдникъ въ обладаніе наслѣдствомъ, по челобитію или самовольно. Актъ 1770 года, а слѣдовательно и ст. 1254 отвѣчаютъ на этотъ вопросъ, выражаясь современнымъ языкомъ, что наслѣдникъ вступаетъ въ обладаніе наслѣдствомъ и безъ утвержденія въ правахъ наслѣдованія. Обращаемся къ догматическимъ соображеніямъ. Если бы дѣйствительно наслѣдникъ вступалъ во всѣ отношенія наслѣдодателя силою только того факта, съ которымъ связывается открытіе наслѣдства, то принятіе было бы уже совершенно излишнимъ и оставалась бы только возможность отреченія. Однако, законъ нашъ упоминаетъ неоднократно о принятіи. Наслѣдники властны принять наслѣдство (т. X ч. 1 ст. 1255), но этой возможности они бы не имѣли, если бы наслѣдство уже принадлежало имъ въ силу самаго открытія его. Приняв-

шему наслѣдство принадлежатъ не только наличное имущество и капиталы, но и слѣдующіе къ полученію долги (т. X ч. 1 ст. 1258),—значитъ, всѣ эти права не принадлежатъ лицу, еще не принявшему наслѣдства. За малолѣтнихъ и душевнобольныхъ согласіе или несогласіе на принятіе наслѣдства обязаны изъявлять опекуны (т. X ч. 1 ст. 1257), но какое же можетъ быть согласіе на то, что уже совершилось силою самаго закона? Если бы принятіе было излишнимъ, если бы вступленіе во всѣ права и обязанности соединялось съ фактомъ смерти, то необходимо было бы явное отреченіе для освобожденія наслѣдниковъ отъ долговъ наслѣдодателя; а между тѣмъ отреченіемъ признается одно только непринятіе (т. X ч. 1 ст. 1265). Если бы наслѣдники были уже субъектами всѣхъ правъ и обязанностей съ момента открытія наслѣдства, то только къ нимъ могли бы быть предъявлены иски, основанные на этихъ отношеніяхъ, а между тѣмъ законъ допускаѣтъ предъявлять иски къ фиктивному лицу, къ умершему собственнику, пока не состоялось принятіе (уст. гр. суд. ст. 215). Да и сама практика себя опровергаетъ, признавая, что въ случаѣ открытія конкурса надъ имуществомъ умершаго осуществленіе наслѣдственныхъ правъ пріостанавливается до окончанія конкурснаго производства (кас. рѣш. 1877, № 52): по конструкціи Сената, наслѣдники въ этомъ случаѣ имѣютъ право наслѣдованія, но не вступаютъ въ наслѣдство до окончанія конкурса, т.-е. они еще не собственники, не кредиторы, не должники. По всѣмъ этимъ даннымъ мы должны признать, что по русскому законодательству въ моментъ открытія наслѣдства пріобрѣтается только право наслѣдованія, и лишь со времени принятія наслѣдникъ вступаетъ во всѣ юридическія отношенія наслѣдодателя, становится субъектомъ правъ и обязанностей, образующихъ въ совокупности наслѣдство. До принятія наслѣдства, субъектомъ всѣхъ этихъ отношеній является оно само, какъ юридическое лицо. Принятіе наслѣдства составляетъ необходимый элементъ каждаго наслѣдованія. Принятіе наслѣдства имѣетъ обратную силу, т.-е оно относится къ моменту открытія наслѣдства, а потому права наслѣдниковъ должны быть опредѣляемы соотвѣтственно положенію наслѣдственнаго имѣнія въ моментъ смерти наслѣдодателя (кас. рѣш. 1907, № 11).

Какъ и всякое иное выраженіе воли, принятіе наслѣдства можетъ быть сдѣлано непосредственно или посредственно, явно или молчаливо. Намѣреніе осуществить свое наслѣдственное право

и вступить въ отношенія наслѣдодателя непосредственно выражается въ обращеніи къ суду съ просьбою объ утвержденіи въ правахъ наслѣдованія, или въ газетной публикаціи, обращенной ко всѣмъ кредиторамъ наслѣдодателя. Такое же намѣреніе можетъ обнаружиться посредствомъ дѣйствій, по которымъ можно заключить о желаніи совершающаго ихъ стать субъектомъ правъ и обязанностей наслѣдодателя. Принятіемъ наслѣдства почитается, когда наслѣдники ни отзыва о неплатежѣ долговъ не учинили, ни доходовъ съ имѣнія не сохранили, а владѣли и пользовались имуществомъ въ личную себѣ прибыль (т. X ч. 1 ст. 1261). Неточность употребляемыхъ закономъ выраженій способна возбудить не совсѣмъ правильное представленіе о сущности молчаливаго принятія. Нѣтъ необходимости, чтобы наслѣдникъ дѣйствительно извлекалъ доходы. Принятіе наслѣдства можетъ выразиться въ совершенно противоположныхъ дѣйствіяхъ, въ исполненіи обязательствъ наслѣдодателя. Достаточно, чтобы дѣйствія, предпринимаемыя наслѣдникомъ, соотвѣтствовали тѣмъ, которыя характеризуютъ вообще отношеніе хозяина къ своему имуществу. Такъ, напр., лицо ремонтируетъ квартиры доставшагося ему дома, производитъ хозяйственныя улучшенія въ имѣніи. Нѣтъ необходимости, чтобы сдѣлки по распоряженію, совершонныя наслѣдникомъ, были дѣйствительны, напр., въ случаѣ продажи чужой вещи, находившейся въ составѣ наслѣдственнаго имущества и принятой ошибочно за принадлежавшую наслѣдодателю, — важно выразившееся въ совершеніи сдѣлки намѣреніе распорядиться вещами, принадлежащими, по мнѣнію наслѣдника, къ имуществу наслѣдодателя. Слѣдуетъ, однако, опасаться признавать принятіемъ такія дѣйствія наслѣдника, которыя направлены только къ охраненію оставшагося имущества, къ предупрежденію возможности расхищенія его и потери цѣнности. Напр., наслѣдникъ остается въ домѣ, кормитъ лошадей, выдаетъ содержаніе прислугѣ и дворнику—такія дѣйствія сами по себѣ еще не говорятъ о дѣйствительномъ намѣреніи наслѣдника.

Наслѣдники въ правѣ принять наслѣдство или отречься отъ него. Другого выбора нѣтъ, а потому всякія условныя принятія недопустимы и должны разсматриваться, смотря по обстоятельствамъ, или какъ принятіе или какъ отреченіе (кас. рѣш. 1878, № 243). Выраженное тѣмъ или инымъ способомъ принятіе безповоротно, потому что въ силу этого акта наслѣдникъ пріобрѣлъ право собственности и другія вещныя и исключи-

тельныя права, сталъ кредиторомъ и должникомъ по обязательствамъ наслѣдодателя. Слѣдовательно, наслѣдникъ не можетъ взять назадъ своего принятія, выйти изъ этихъ отношеній, отречься отъ осуществленнаго уже наслѣдственнаго права.

Принятіе, какъ и всякая сдѣлка, предполагаетъ наличность нѣкоторыхъ условій. 1) Принимающій долженъ быть правоспособенъ. Отсутствіе дѣеспособности восполняется законными его представителями. За малолѣтнихъ, безумныхъ и умалишенныхъ согласіе на принятіе наслѣдства обязаны изъявлять назначенные надъ ними опекуны (т. X ч. 1 ст. 1257), а несовершеннолѣтніе нуждаются въ согласіи ихъ попечителей. Въ виду ограничительнаго указанія закона слѣдуетъ предполагать, что расточители въ правѣ сами принимать наслѣдство. По вопросу, въ правѣ ли опекунъ, назначенный надъ безвѣстно-отсутствующимъ, совершить принятіе открывшагося въ пользу такого лица наслѣдства, Сенатъ проявилъ нѣкоторое колебаніе. Сначала онъ высказался отрицательно и разъяснилъ, что опекунъ не можетъ отыскивать наслѣдство, открывшееся въ пользу безвѣстно-отсутствующаго (кас. рѣш. 1887, № 32). Но позднѣе, Сенатъ пришелъ къ обратному выводу, что опекунъ надъ безвѣстно-отсутствующимъ въ правѣ принять открывшееся въ пользу такого лица наслѣдство (кас. рѣш. 1905, № 58). 2) Изъявленіе воли, какъ и во всякой сдѣлкѣ, должно быть непринужденно. Существенное заблужденіе можетъ и здѣсь имѣть примѣненіе, напр., когда принятіе выражено относительно совершенно иного имущества, чѣмъ то, которое предполагалъ наслѣдникъ, ошибка, вызванная однозвучною фамиліею и тожествомъ именъ. 3) Принятіе должно быть совершено въ теченіе установленнаго срока. Наслѣдникъ, не принявшій наслѣдства въ теченіе 10 лѣтъ со времени вызова наслѣдниковъ или, если вызова не было, со времени открытія наслѣдства, теряетъ самое наслѣдственное право (т. X ч. 1 стт. 1162 и 1244).

Существеннымъ пробѣломъ нашего законодательства слѣдуетъ признать отсутствіе какого-либо срока, до истеченія котораго наслѣдникъ обязанъ рѣшиться на принятіе. Для кредиторовъ наслѣдственной массы такое длящееся состояніе неопредѣленности представляется въ высшей степени неудобнымъ. Необходимо или установить въ законѣ такой срокъ, какъ это дѣлаетъ германское право, которое постановляетъ, что наслѣдникъ, не отрекшійся въ теченіе 6 недѣль, признается приняв-

шимъ (§§ 1943 и 1944), или предоставить суду назначать наслѣднику, по просьбѣ заинтересованныхъ лицъ, въ каждомъ случаѣ соотвѣтствующій обстоятельствамъ срокъ (итал. код. § 951).

II. Отреченіе отъ наслѣдства. Въ противоположность принятію, отреченіе составляетъ случайный элементъ въ наслѣдованіи. Не къ чему отрекаться, когда можно достигнуть той же цѣли уклоненіемъ отъ принятія, особенно, если законъ не соединяетъ съ длящимся непринятіемъ никакого предположенія въ пользу принятія. Однако, наслѣдникъ можетъ самъ пожелать устраненія неопредѣленности въ интересѣ другихъ наслѣдниковъ или кредиторовъ, или же можетъ опасаться, какъ бы изъ его дѣйствій не вывели косвеннаго принятія. Отреченіе служитъ выясненію дѣла, обнаруживая волю наслѣдника. Отсюда ясно, что отреченіе можетъ быть только явное, непосредственно выражающее намѣреніе лица. Поэтому совершенно невѣрно понятіе объ отреченіи, даваемое нашимъ закономъ. «Отреченіемъ отъ наслѣдства признается, говоритъ законъ, когда наслѣдники не вступятъ въ наслѣдство по несоразмѣрности онаго съ долгами и когда отсутствующіе наслѣдники по учиненнымъ вызовамъ не явятся для принятія наслѣдства въ установленные сроки» (т. X ч. 1 ст. 1265). Несмотря на заявленіе закона, въ приведенныхъ имъ случаяхъ нѣтъ отреченія, а есть одно только непринятіе. Между тѣмъ эти два понятія не совпадаютъ: отреченіе есть одновременный актъ, выраженіе воли, сдѣлка, а непринятіе есть состояніе неизвѣстности, способное продолжаться до опредѣленнаго въ законѣ срока. Такимъ образомъ *подъ отреченіемъ слѣдуетъ понимать заявленіе призваннаго наслѣдника о нежеланіи принять наслѣдство*, т.-е. вступить во всѣ юридическія отношенія наслѣдодателя.

Отреченіе не можетъ считаться отчужденіемъ наслѣдства, понимая подъ послѣднимъ совокупность правъ, содержащихся въ наслѣдствѣ, потому что нельзя отчуждать того, что̀ еще не было пріобрѣтено. Оно не составляетъ отчужденія даже въ отношеніи пріобрѣтаемаго наслѣдникомъ съ момента открытія наслѣдства права наслѣдованія, такъ какъ послѣднее составляетъ право, связанное исключительно съ его личностью. Наслѣдникъ можетъ отказаться отъ своего наслѣдственнаго права, но тогда онъ уже не можетъ распоряжаться имъ. Отсюда очевидно, что отреченіе имѣетъ отрицательный характеръ относительно самого наслѣдника, но оно не имѣетъ положи-

тельнаго содержанія, т.-е. наслѣдникъ не можетъ отречься въ пользу опредѣленнаго лица (кас. рѣш. 1893, № 4). Право наслѣдованія, отъ котораго отрекся призванный по завѣщанію наслѣдникъ, возникаетъ въ лицѣ наслѣдника по закону, а если отреченіе состоялось со стороны ближайшаго наслѣдника по закону,—то въ лицѣ дальнѣйшаго законнаго наслѣдника.

Такъ какъ съ отреченіемъ одного наслѣдника соединяется одновременное возникновеніе наслѣдственнаго права въ лицѣ другого наслѣдника, то отреченіе имѣетъ всегда *безповоротное значеніе*. Наша судебная практика различаетъ, было ли послѣ отреченія принято наслѣдство другимъ наслѣдникомъ или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ отреченіе, по ея мнѣнію, безповоротно, а во второмъ—ничто не препятствуетъ наслѣднику измѣнить свое рѣшеніе и принять наслѣдство: поданное въ судъ заявленіе объ отреченіи всегда можетъ быть отмѣнено или фактическимъ вступленіемъ въ наслѣдство, или отреченіемъ отъ отреченія,—лишь бы наслѣдство не было уже принято другимъ наслѣдникомъ (кас. рѣш. 1904, № 97). Такое различіе совершенно неправильно и вызвано, очевидно, смѣшеніемъ отреченія съ derelictio. Позднѣе Сенатъ далъ мотивировку своему взгляду: объявленіе объ отреченіи отъ наслѣдства подается въ судъ «лишь для вѣдома», и все его значеніе сводится къ тому, что судъ принимаетъ «лишь къ свѣдѣнію» на случай возникновенія дѣлъ объ имѣніи или обязательствахъ наслѣдодателя (кас. рѣш. 1910, № 108). Это совершенно невѣрный взглядъ. Призванный наслѣдникъ отрекся отъ своего права наслѣдованія и, въ силу этого одного обстоятельства, право наслѣдованія пріобрѣтено другимъ лицомъ, дальнѣйшимъ наслѣдникомъ, потому что возникновенію его наслѣдственнаго права въ моментъ открытія наслѣдства мѣшало только существованіе права ближайшаго наслѣдника. Съ устраненіемъ этого препятствія возникаетъ право наслѣдованія для другого лица, хотя бы оно еще и не приняло наслѣдства. Это представленіе о допустимости поворота въ отреченіи отъ наслѣдства навѣяно, повидимому, французскимъ законодательствомъ, которое признаетъ возможность взять отреченіе назадъ (§ 790). Но это положеніе вызываетъ единодушное осужденіе со стороны французскихъ юристовъ.

Отреченіе возможно относительно того права, которое уже возникло. Отрекаться отъ права можетъ только субъектъ его. Поэтому отреченіе отъ будущаго, еще не открывшагося на-

слѣдства невозможно и недѣйствительно (кас. рѣш. 1876, № 280). Однако, наше законодательство устанавливаетъ исключеніе изъ этого общаго правила для дочерей, которыя могутъ въ рядныхъ записяхъ отречься отъ дальнѣйшаго участія въ наслѣдованіи (т. X ч. 1 ст. 1002). Если отреченіе невозможно до открытія наслѣдства, то оно недѣйствительно и послѣ принятія, послѣ вступленія во всѣ юридическія отношенія наслѣдодателя. Послѣ принятія возможно только отреченіе отъ отдѣльныхъ правъ, входящихъ въ наслѣдство, но не отъ совокупности отношеній. Слѣдовательно, наслѣдникъ, неосмотрительно принявшій отягченное долгами наслѣдство, не можетъ уже, убѣдившись въ невыгодности для него этого акта, освободиться посредствомъ отреченія отъ отвѣтственности передъ кредиторами наслѣдодателя.

Отреченіе отъ наслѣдственнаго права, какъ явное выраженіе воли наслѣдника, должно быть произведено посредствомъ объявленія о томъ съ его стороны въ судебномъ мѣстѣ (т. X ч. 1 ст. 1266). Оно совершается въ формѣ письменнаго заявленія, подаваемаго тому суду, въ округѣ котораго открылось наслѣдство. Отреченіе предполагаетъ дѣеспособность со стороны лица, его выражающаго, но не требуетъ правоспособности.

Послѣдствіемъ отреченія являются: 1) возникновеніе права наслѣдованія въ лицѣ другого наслѣдника и 2) освобожденіе отрекшагося отъ отвѣтственности за долги, которая готова была лечь на него, какъ на наслѣдника. Кто отрекся отъ наслѣдства, тотъ не обязанъ платить долговъ, лежащихъ на наслѣдствѣ (т. X ч. 1 ст. 1268). Но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ лишается всей цѣнности, какую представляетъ наслѣдство.

Въ виду этого послѣдняго обстоятельства, возможность отреченія нѣсколько стѣсняется, если она совершается во вредъ кредиторамъ наслѣдника. Послѣдній, увѣренный, что вся цѣнность наслѣдства поступитъ въ пользу его многочисленныхъ кредиторовъ, могъ бы отречься за нѣкоторую сумму отъ наслѣдства, въ виду котораго, можетъ быть, ему только и оказывался кредитъ. По нашему законодательству уступка права, пріобрѣтеннаго по договору, недѣйствительна, если она учинена во вредъ третьимъ лицамъ (т. X ч. 1 ст. 1547). Нельзя не согласиться съ нашею практикою, что принципъ этотъ, выраженный въ законѣ слишкомъ узко, долженъ быть распространенъ, по аналогіи, и на другіе случаи уступки или отреченія отъ правъ, въ числѣ которыхъ видное мѣсто занимаетъ

отреченіе отъ правъ наслѣдованія (кас. рѣш. 1884 № 50). Поэтому, отреченіе не только несостоятельнаго должника, но также и такого, неоплатность котораго обнаруживается при обращенномъ на его имущество взысканіи въ обыкновенномъ исполнительномъ производствѣ, можетъ быть опровергнуто кредиторами.

§ 71.

Утвержденіе въ правѣ наслѣдованія.

Литература: Оршанскій, *О судебномъ утвержденіи въ правѣ наслѣдства* („Суд. Журн.“, 1863, № 2); Исаченко, *Русское гражданское судопроизводство,* 3 изд., 1910, т. II, стр. 310—320, 217—233.

I. Общее понятіе. Для лица, призваннаго къ наслѣдованію, открывается двоякій путь ко вступленію въ наслѣдство. Наслѣдникъ можетъ фактически вступить во владѣніе вещами, входящими въ наслѣдство, и выполнять всѣ обязательства, осуществлять всѣ права, составляющія въ совокупности наслѣдство. Такъ, нерѣдко сынъ землевладѣльца, по смерти послѣдняго, продолжаетъ вести заведенное хозяйство. Такое фактическое состояніе можетъ быть нарушено позднѣе искомъ, предъявляемымъ къ лицу, утвердившемуся самостоятельно въ наслѣдствѣ, со стороны лица, которое считаетъ себя истиннымъ наслѣдникомъ. Однако, такое фактическое самоутвержденіе имѣетъ свои неудобства. Для третьихъ лицъ не всегда убѣдительно наслѣдственное качество преемника по хозяйству. Должники наслѣдодателя могутъ воздержаться съ исполненіемъ своихъ обязательствъ въ отношеніи преемника, потому что у нихъ нѣтъ увѣренности, что они совершаютъ исполненіе въ отношеніи надлежащаго кредитора. Различныя учрежденія, хранящія суммы наслѣдодателя, не могутъ выдать ихъ фактическому преемнику, не убѣдившись въ томъ, что онъ юридическій преемникъ. Тогда самъ наслѣдникъ почувствуетъ потребность легитимировать себя, т.-е. доказать, что ему дѣйствительно принадлежитъ право наслѣдованія. Такая легитимація можетъ исходить только отъ органовъ власти, въ частности отъ суда. *Удостовѣреніе со стороны суда за извѣстнымъ лицомъ правъ наслѣдованія называется утвержденіемъ въ правахъ наслѣдства.* Это послѣднее выраженіе вдвойнѣ неточно. Дѣло идетъ только о легитимаціи наслѣдника, но не о судебномъ признаніи за нимъ правъ на наслѣдство, хотя именно эту мысль способно возбу-

дить выраженіе «утвержденіе». Задача суда сводится къ удостовѣренію правъ наслѣдованія, а не правъ «на наслѣдство», какъ это выражено въ общепринятомъ у насъ терминѣ. Своимъ утвержденіемъ судъ заявляетъ всѣмъ и каждому, что данное лицо—наслѣдникъ, призванный завѣщаніемъ или намѣченный закономъ, но судъ не ручается, что права этого наслѣдника не будутъ опровергнуты другимъ лицомъ, способнымъ доказать превосходство своихъ правъ. Для третьихъ лицъ существенно только первое.

При современномъ оборотѣ и сложности отношеній въ рѣдкихъ случаяхъ наслѣдникъ можетъ не нуждаться въ легитимаціи. Можетъ быть, утвержденіе въ правахъ наслѣдованія слѣдовало бы возвести въ общее правило. Значительно устарѣвшее, французское законодательство различаетъ законныхъ наслѣдниковъ (les héritiers légitimes), которые вступаютъ въ наслѣдство безъ всякаго утвержденія, путемъ овладѣнія (la saisine), и особыхъ преемниковъ (successeurs irréguliers), въ родѣ супруга, для которыхъ необходимо содѣйствіе суда. Законный наслѣдникъ можетъ немедленно вступить въ управленіе наслѣдственнымъ имуществомъ, безъ всякихъ формальностей, а также предъявлять иски отъ лица наслѣдодателя (франц. гражд. код. § 724). Супругъ же принужденъ просить о судебномъ вводѣ во владѣніе (envoi en possession). Однако, такое фактическое вступленіе въ права наслѣдованія оказывается совершенно недостаточнымъ во многихъ случаяхъ, напр., при необходимости получить капиталъ изъ кредитнаго установленія. Тогда во Франціи прибѣгаютъ къ тому, что называется acte de notoriété и что представляетъ собой внѣсудебную легитимацію, такъ какъ этотъ актъ совершается нотаріусомъ на основаніи свидѣтельскихъ удостовѣреній. Новое германское законодательство открываетъ всякому наслѣднику, по закону или по завѣщанію возможность получить черезъ судъ удостовѣреніе въ его наслѣдственномъ правѣ (Erbschein). Швейцарское законодательство требуетъ обязательнаго представленія суду всякаго завѣщанія, даже если бы оно казалось недѣйствительнымъ; если существуетъ сомнѣніе въ наличности всѣхъ наслѣдниковъ, то наслѣдники обязаны легитимировать себя въ теченіе года, иначе наслѣдство будетъ взято въ пользу кантона или общины (§§ 555, 556).

Русское законодательство не отличается ясностью по этому предмету. Наслѣдникъ по завѣщанію вступаетъ въ обладаніе

наслѣдствомъ не иначе, какъ по утвержденіи завѣщанія къ исполненію (т. X ч. 1 ст. 1060); пока же этого утвержденія не послѣдовало, право наслѣдованія по завѣщанію не можетъ быть закономѣрно ни проявляемо, ни осуществляемо какими бы то ни было фактическими дѣйствіями наслѣдника по завѣщанію (кас. рѣш. 1905, № 4). Относительно наслѣдниковъ по закону содержится правило, въ силу котораго явившіеся по вызовамъ наслѣдники, если они считаютъ необходимымъ обратиться, для опредѣленія правъ ихъ на наслѣдство, къ содѣйствію суда, заявляютъ о томъ судебнымъ установленіямъ (уст. гражд. суд. ст. 1408). Слѣдовательно, по смыслу закона, утвержденіе въ правѣ наслѣдованія необязательно для наслѣдниковъ по закону. Таковъ взглядъ и судебной практики. По мнѣнію Сената, «обязательное утвержденіе суда въ правахъ наслѣдства не установлено, какъ общее правило» (кас. рѣш. 1911, № 24), и самое содѣйствіе суда составляетъ «только удостовѣреніе существованія между просителями и наслѣдодателемъ родственной связи или брачнаго союза, какіе по закону даютъ право вступить во владѣніе наслѣдствомъ» (кас. рѣш. 1897, № 71). Однако, упущеніе легитимаціи можетъ имѣть невыгодныя послѣдствія для наслѣдниковъ, потому что осуществленіе права наслѣдованія стоитъ нерѣдко въ зависимости отъ офиціальнаго признанія ихъ. Утвержденіе въ правѣ наслѣдованія необходимо, какъ основаніе, для ввода во владѣніе недвижимостью (уст. гражд. суд. ст. 1424), для полученія сдѣланнаго наслѣдодателемъ вклада въ банки (т. XI ч. 2 разд. IV, ст. 67, разд. XI ст. 65, рѣш. Общ. Собр. 1 и гр. кас. деп. 1899, № 10); далѣе, для вступленія въ обладаніе наслѣдствомъ со стороны явившагося по вызову наслѣдника, если имущество уже подверглось мѣрамъ охраненія (т. X ч. 1 ст. 1299; кас. рѣш. 1877, № 310).

Разсмотримъ подробнѣе и въ отдѣльности порядокъ утвержденія въ правѣ наслѣдованія для наслѣдниковъ по завѣщанію и по закону.

II. Утвержденіе при наслѣдованіи по завѣщанію. По русскому законодательству всякое духовное завѣщаніе, по смерти завѣщателя, должно быть представлено въ окружный судъ для утвержденія къ исполненію (т. X ч. 1 ст. 1060). Слѣдовательно, въ представленіи къ утвержденію нуждается какъ домашнее, такъ и нотаріальное завѣщаніе. Домашнія завѣщанія представляются непремѣнно въ подлин-

никѣ, нотаріальныя—въ выписи. Хотя Сенатъ полагаетъ, что завѣщанія крестьянъ, записанныя въ книгу сдѣлокъ и договоровъ, не должны быть вовсе представляемы къ утвержденію въ окружный судъ (кас. рѣш. 1884, № 64), но такое освобожденіе отъ общаго порядка въ сущности ни откуда не слѣдуетъ.

По вопросу о томъ, кто долженъ представить завѣщаніе, законъ нашъ опредѣляетъ, что завѣщанія представляются для утвержденія къ исполненію отъ тѣхъ, въ рукахъ кого они находятся (т. X ч. 1 ст. 1062). Нотаріусы и установленія, принимающія завѣщанія на храненіе, по смерти завѣщателя вручаютъ ихъ по назначенію, сдѣланному завѣщателемъ при врученіи завѣщанія на храненіе. Завѣщанія, относительно которыхъ завѣщателемъ не сдѣлано такого назначенія, а равно найденныя лицами, производящими опись и опечатаніе имущества, отсылаются въ надлежащій окружный судъ, который приступаетъ къ утвержденію завѣщанія, не ожидая подачи о томъ прошенія (т. X ч. 1 стт. 1060^{1} и 1060^{2}). Послѣднее положеніе представляется нѣсколько противорѣчащимъ общему характеру гражданскихъ правъ и гражданскаго процесса. Само собою разумѣется, что подобное утвержденіе ex officio не можетъ замѣнять принятія и теряетъ всякую силу въ случаѣ уклоненія наслѣдника или прямого съ его стороны отреченія.

Для представленія къ утвержденію завѣщанія установленъ особый, краткій срокъ, а именно годовой для пребывающихъ въ Россіи и двухгодичный для находящихся за границею, считая со дня кончины завѣщателя (т. X ч. 1 ст. 1063). По истеченіи этого срока, завѣщанія для утвержденія къ исполненію не принимаются и теряютъ свою силу (т. X ч. 1 ст. 1065). Но если наслѣдникъ по завѣщанію можетъ представить неопровержимыя доказательства, что срокъ для утвержденія къ исполненію пропущенъ или по неизвѣстности о существованіи завѣщанія или по другой основательной причинѣ, въ такомъ случаѣ ему оставляется право иска до истеченія общей давности, считая ее также со дня смерти завѣщателя (т. X ч. 1 ст. 1066). Сюда относится, напр., утайка завѣщанія наслѣдникомъ по закону.

Все производство объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію должно происходить въ судебномъ засѣданіи окружнаго суда. Отношеніе суда къ внѣшнимъ и внутреннимъ условіямъ дѣйствительности завѣщанія различно.

Форма завѣщанія обращаетъ на себя вниманіе суда прежде всего. Завѣщанія нотаріальныя, если не возбужденъ вопросъ о подлогѣ, утверждаются безъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія. Къ домашнимъ завѣщаніямъ судъ долженъ отнестись внимательнѣе въ виду того, что завѣщанія, составленныя вопреки установленнымъ въ законѣ формамъ, не принимаются къ утвержденію (т. X ч. 1 ст. 1066-4). Судъ отказываетъ въ утвержденіи представленнаго ему завѣщанія, безъ вызова кого бы то ни было, если усмотритъ: a) что пропущенъ срокъ, или b) что не соблюдена форма завѣщанія. Домашнее завѣщаніе утверждается по учиненіи въ судѣ *допроса свидѣтелямъ*, безъ присяги, о томъ, что оно было предъявлено имъ самимъ завѣщателемъ, котораго каждый изъ нихъ лично видѣлъ и нашелъ въ здравомъ умѣ и твердой памяти. Если число свидѣтелей, подписавшихъ завѣщаніе, болѣе, нежели сколько закономъ требуется, то въ случаѣ отсутствія нѣкоторыхъ изъ нихъ и достаточности наличныхъ, слѣдуетъ допрашивать только послѣднихъ. Когда число наличныхъ свидѣтелей менѣе требуемаго закономъ, то допрашиваются и отсутствующіе свидѣтели черезъ судъ по мѣсту ихъ жительства. Смерть одного или даже всѣхъ свидѣтелей не служитъ препятствіемъ къ утвержденію завѣщанія, если недѣйствительность его не можетъ быть доказана предъявившимъ споръ (т. X ч. 1 стт. 1066-5 и 1052). Судъ не въ правѣ восполнять формальныя недостатки какими бы то ни было иными доказательствами. Судъ не можетъ принимать въ соображеніе, напр., что при составленіи завѣщанія было больше свидѣтелей, чѣмъ сколько подписалось, и что всѣ они въ состояніи подтвердить подлинность завѣщанія и сознательность завѣщателя. Но судъ можетъ принять доказательство того, что одинъ изъ двухъ подписавшихся свидѣтелей духовный отецъ завѣщателя (кас. рѣш. 1895, № 90), потому что это не доказываніе помимо формы, а доказываніе соблюденія формы. На представленномъ завѣщаніи дѣлается надпись объ утвержденіи или неутвержденіи его, а потомъ опредѣленіе суда объявляется въ сенатскихъ вѣдомостяхъ (т. X ч. 1 стт. 1167-5 и 1166-8). Въ виду установленнаго закономъ налога съ наслѣдства, въ размѣрѣ отъ $1^1/_2$ до 12%, смотря по близости родства къ завѣщателю (законъ 13 апрѣля 1905 года), судъ обязанъ увѣдомить казенную палату о производствѣ по утвержденію завѣщанія, а наслѣдникамъ предлагается внести причитающійся съ наслѣдства налогъ въ теченіе одного мѣсяца со дня объявле-

нія имъ постановленія, которымъ опредѣлено количество такового. До взноса налога или обезпеченія его уплаты установленнымъ порядкомъ, наслѣдникамъ не выдаются духовныя завѣщанія съ надписью объ утвержденіи ихъ (т. V, изд. 1903, уст. о пошл., ст. 210, 215, 219).

Иное отношеніе суда къ содержанію завѣщанія. Окружный судъ, при утвержденіи завѣщанія въ охранительномъ порядкѣ, не входитъ въ разсмотрѣніе законности распоряженій завѣщателя (т. X ч. 1 ст. 1066 3). Опровергать ихъ дѣйствительность, вполнѣ или частью, предоставляется лицамъ заинтересованнымъ. Однако судъ, не ожидая споровъ, признаетъ недѣйствительными завѣщанія лицъ, не имѣющихъ права завѣщать, и завѣщательныя распоряженія въ пользу лицъ, неспособныхъ къ принятію завѣщаннаго, если только неспособность тѣхъ и другихъ лицъ явствуетъ изъ самаго завѣщанія (т. X ч. 1 ст. 1066 2). Здѣсь прежде всего возбуждается вопросъ, устранена ли для суда совершенно возможность входить въ разсмотрѣніе законности завѣщанія? Несмотря на слова закона, что судъ не входитъ въ разсмотрѣніе распоряженія завѣщателя, кромѣ указанныхъ случаевъ, нельзя отрицать за судомъ, органомъ государственной власти, права и даже обязанности отказывать въ утвержденіи завѣщаній, противныхъ общественному порядку и нравственности, напр., если бы завѣщатель передавалъ свои капиталы на революціонную организацію, или на безнравственное учрежденіе. Но въ правѣ ли судъ входить въ разсмотрѣніе законности содержанія тогда, когда распоряженія нарушаютъ лишь интересы частныхъ лицъ? Законъ обязываетъ судъ признать недѣйствительными: a) завѣщанія лицъ, не имѣющихъ права завѣщать, и b) завѣщанія въ пользу лицъ, неспособныхъ къ принятію завѣщаннаго, при чемъ только въ томъ случаѣ, если то и другое явствуетъ изъ самаго завѣщанія, безъ особаго изслѣдованія. Напр., изъ чтенія завѣщанія обнаруживается, что завѣщателю 19 лѣтъ, или что наслѣдство оставляется монаху. Слѣдовательно, во всѣхъ другихъ случаяхъ судъ утверждаетъ завѣщаніе, не входя въ разсмотрѣніе законности распоряженій, въ немъ содержащихся.

Спорнымъ можетъ быть вопросъ, какъ долженъ отнестись судъ къ завѣщанію родовой недвижимости, помимо ближайшаго родственника, другому лицу, напр., когда она завѣщается не родному сыну, женѣ? Конечно, предполагается, что родовое свойство, соотношеніе наслѣдниковъ, явствуетъ изъ чтенія завѣщанія, такъ

какъ судъ не въ правѣ изслѣдовать свойство завѣщаемаго имущества, а также то, есть ли у завѣщателя дѣти или нѣтъ. По мнѣнію Анненкова, судъ не въ правѣ ex officio, безъ спора заинтересованныхъ лицъ, признать недѣйствительнымъ распоряженіе о родовомъ имуществѣ, потому здѣсь нарушенъ исключительно частный интересъ. Вопросъ долженъ быть перенесенъ въ другую плоскость. Утверждая завѣщаніе къ исполненію, судъ легитимируетъ наслѣдника, т.-е. объявляетъ данное лицо имѣющимъ право наслѣдованія. Въ правѣ ли онъ легитимировать лицо, завѣдомо для суда не имѣющее права наслѣдованія? Съ другой стороны, законъ вмѣняетъ суду въ обязанность отвергать завѣщанія лицъ, не имѣющихъ права завѣщать, и лицъ неспособныхъ къ принятію завѣщаннаго. Но родовой характеръ недвижимости не есть свойство вещи, а связь между лицами. Судъ съ очевидностью усматриваетъ, что завѣщатель не имѣетъ права завѣщать свое родовое имѣніе данному лицу, и что назначенный по завѣщанію наслѣдникомъ, по своему отношенію къ завѣщателю, неспособенъ принять завѣщанное ему имѣніе. Законъ прямо заявляетъ, что когда умершій оставилъ по себѣ родовое имѣніе, то наслѣдство переходитъ къ наслѣднику по закону (т. X ч. 1 ст. 1110, п. 1). Какимъ же образомъ судъ, вопреки ст. 1066^{2} т. X ч. 1, утвердитъ завѣщаніе къ исполненію? (Contra кас. рѣш. 1910, № 51).

Разсмотрѣніе содержанія завѣщанія можетъ привести къ обнаруженію въ немъ пожертвованія въ пользу богоугодныхъ заведеній и вообще на предметы благотворительности. Въ такомъ случаѣ окружный судъ препровождаетъ выписку изъ завѣщанія прокурору для сообщенія въ подлежащія вѣдомства (т. X ч. 1 стт. 1090 и 1091).

Съ цѣлью обезпечить возможныя послѣдствія утвержденія завѣщанія, напр., отчужденія имѣнія, когда во время производства дѣла возбуждается уже споръ, законъ постановляетъ, что 1) если споръ возникнетъ до утвержденія завѣщанія къ исполненію, то самое утвержденіе отлагается до разрѣшенія спора (т. X ч. 1 стт. 1066^{13}); 2) если споръ возникаетъ по утвержденіи завѣщанія, но до перехода завѣщаннаго имѣнія въ чье-либо владѣніе, то имѣніе отдается въ опекунское управленіе (т. X ч. 1 ст. 1066^{14}). По мнѣнію Сената, эти мѣры гарантіи правъ наслѣдниковъ должны быть принимаемы судомъ даже безъ ходатайства о томъ заинтересованныхъ лицъ (кас. рѣш. 1907, № 64).

III. Утвержденіе при наслѣдованіи по закону. Какъ мы уже видѣли, при открытіи наслѣдства безъ завѣщанія для наслѣдниковъ по закону нѣтъ обязанности легитимировать себя. Наслѣдники по закону могутъ вступить въ обладаніе и пользованіе оставшимся имуществомъ сами, безъ всякаго соучастія органовъ власти. Такой наслѣдникъ можетъ предъявлять искъ объ изъятіи изъ чужого владѣнія вещи, принадлежащей къ составу наслѣдства (кас. рѣш. 1875, № 848); можетъ продать наслѣдственную недвижимость, если нотаріусъ не сомнѣвается въ его наслѣдственныхъ правахъ (кас. рѣш. 1896, № 116); можетъ получить исполнительный листъ для исполненія по обязательству, входившему въ составъ правъ наслѣдственныхъ (кас. рѣш. 1880, № 101), и т. п.

Однако, если наслѣдники по закону «считаютъ необходимымъ», то могутъ обратиться къ содѣйствію суда для опредѣленія ихъ правъ на наслѣдство, т.-е. для легитимаціи (уст. гражд. суд. ст. 1408). Обращеніе дѣлается къ суду первой инстанціи на основаніи общихъ началъ о подсудности по роду и цѣнѣ наслѣдственнаго имущества. Обращаться могутъ всѣ наслѣдники или только нѣкоторые, хотя бы одинъ изъ нѣсколькихъ, при чемъ на него нельзя возлагать обязанности доказывать суду, что онъ не единственный наслѣдникъ и каковы наслѣдственныя доли всѣхъ другихъ сонаслѣдниковъ. Можетъ случиться, что наслѣдники будутъ одинъ за другимъ обращаться къ суду съ просьбою объ утвержденіи ихъ въ правѣ наслѣдованія, и нѣтъ ничего невозможнаго, что между различными частными опредѣленіями суда окажутся даже противорѣчія, разрѣшимыя только въ исковомъ процессѣ.

Наслѣдники, явившіеся до истеченія шестимѣсячнаго срока, назначеннаго вызовомъ ихъ, могутъ быть допущены къ наслѣдству совмѣстно съ наслѣдниками, находящимися налицо—въ порядкѣ охранительномъ (т. X ч. 1 ст. 1241). Если же они явятся по истеченіи этого срока, то допущеніе ихъ возможно въ порядкѣ охранительномъ при условіи согласія на то со стороны остальныхъ, уже утвердившихся наслѣдниковъ (кас. рѣш. 1876, № 483), а при оспариваніи ихъ правъ—въ порядкѣ исковомъ.

Утвержденіе въ правахъ наслѣдованія наслѣдника по закону представляетъ собою только легитимацію, т.-е. признаніе со стороны суда, что данное лицо, при наличности извѣстныхъ суду обстоятельствъ, можетъ считаться наслѣдникомъ. Но этимъ

актомъ нисколько не преграждается возможность появленія наслѣдника по завѣщанію или другого наслѣдника по закону, имѣющаго больше правъ на наслѣдство.

Если наслѣдники явились по вызову въ то время, когда наслѣдство было взято въ опекунское управленіе, или когда оно подверглось уже охранительнымъ мѣрамъ, какъ опись и опечатаніе, то они принимаютъ всю движимость по описи (т. X ч. 1 ст. 1297), чѣмъ наслѣдники обезпечиваютъ себя на случай возможности впослѣдствіи спора, въ чемъ состояло и что могло стоить наслѣдство.

При наслѣдованіи по закону судъ можетъ заставить наслѣдниковъ уплатить налогъ съ наслѣдства только тогда, если наслѣдники просятъ объ утвержденіи ихъ въ правахъ наслѣдованія. Судъ постановляетъ опредѣленіе о вводѣ наслѣдниковъ во владѣніе дошедшимъ къ нимъ недвижимымъ имѣніемъ и о передачѣ имъ означенной движимости не прежде, какъ по взносѣ всего причитающагося казнѣ налога или по обезпеченіи его уплаты установленнымъ образомъ (т. V, изд. 1903, уст. пошл. ст. 219). Если же наслѣдники вступаютъ въ наслѣдство, не обращаясь къ содѣйствію суда, то налогъ взимается казенною палатою на основаніи свѣдѣній о составѣ наслѣдства, доставленныхъ судебными приставами, которые принимали мѣры охраненія, или же на основаніи сообщеній податныхъ инспекторовъ, когда охранительныя мѣры не имѣли мѣста (ст. 210, 211).

IV. Оспариваніе завѣщаній. Завѣщанія, не отвѣчающія внѣшнимъ и внутреннимъ условіямъ ихъ дѣйствительности, могутъ быть оспариваемы лицами, въ томъ заинтересованными. Споръ противъ завѣщанія можетъ быть возбужденъ только со стороны наслѣдниковъ по закону или со стороны наслѣдниковъ по другому завѣщанію, если наслѣдодатель оставилъ нѣсколько завѣщаній, потому что лишь ихъ права нарушаются завѣщательными распоряженіями (кас. рѣш. 1878, № 60). Кредиторы законныхъ наслѣдниковъ, какъ бы ни были зантересованы въ переходѣ наслѣдства къ ихъ должникамъ, не въ правѣ опровергать завѣщанія.

Опроверженіе завѣщанія можетъ основываться на формальномъ его недостаткѣ или на несоотвѣтствіи завѣщательныхъ распоряженій правамъ оспаривающихъ. Незаконность содержанія могла быть присуща завѣщанію въ моментъ его составленія, напр., въ случаѣ предоставленія родового имѣнія, помимо

ближайшаго наслѣдника, дальнѣйшему, или же можетъ наступить много послѣ его составленія, даже послѣ смерти завѣщателя, даже послѣ утвержденія завѣщанія къ исполненію, въ случаѣ, если родится законный сынъ завѣщателя и наслѣдникъ въ родовой недвижимости, завѣщанной, за отсутствіемъ дѣтей, племяннику. Помимо формальныхъ и матеріальныхъ недостатковъ завѣщанія, оно можетъ быть оспариваемо и со стороны сознательности составителя завѣщанія,—едва ли не самый частый поводъ къ оспариванію.

Обстоятельства, съ которыми связывается недѣйствительность завѣщаній, съ теченіемъ времени стираются въ памяти свидѣтелей. Это въ особенности относится къ психическому состоянію завѣщателя. Переходъ наслѣдства къ наслѣднику по завѣщанію влечетъ за собой сліяніе отношеній, въ которыхъ состоялъ наслѣдодатель, съ отношеніями, въ которыхъ субъектомъ былъ наслѣдникъ, и различіе ихъ съ теченіемъ времени становится затруднительнымъ. По этимъ, вѣроятно, соображеніямъ законъ устанавливаетъ особую краткую давность для исковъ, имѣющихъ своею цѣлью опровергнуть силу завѣщаній. Для предъявленія всѣхъ вообще споровъ противъ завѣщаній назначается двухлѣтній срокъ, который исчисляется со дня публикаціи объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію (т. X ч. 1 ст. 1066^{12}).

Что собственно погашается этою сокращенною, спеціально завѣщательною, давностью? Не можетъ быть сомнѣнія, что эта давность погашаетъ споръ о формальныхъ недостаткахъ завѣщанія или объ отсутствіи у завѣщателя здраваго ума и твердой памяти. Но не подлежитъ также сомнѣнію, что эта давность не въ состояніи погасить иска собственника къ наслѣднику, которому завѣщатель неправильно оставилъ чужую вещь, какъ свою. Первоначально Сенатъ высказался въ томъ смыслѣ, что двухгодичный срокъ установленъ для предъявленія споровъ противъ дѣйствительности духовнаго завѣщанія, какъ завѣщательнаго акта, т.-е. противъ дѣйствительности его со стороны внѣшнихъ формъ и условій, требуемыхъ закономъ (кас. рѣш. 1877, № 79). Позднѣе Сенатъ измѣнилъ свой взглядъ и призналъ, что въ законѣ (т. X. ч. 1 ст. 1066^{12}) не проведено различіе между спорами по формѣ и спорами по содержанію завѣщанія, а потому всякій споръ противъ дѣйствительности духовнаго завѣщанія, утвержденнаго къ исполненію въ охранительномъ порядкѣ, можетъ быть предъявленъ только въ тече-

ніе двухъ лѣтъ со дня публикаціи объ утвержденіи завѣщанія къ исполненію (кас. рѣш. 1882, № 49). Съ этой послѣдней точки зрѣнія Сенатъ пришелъ къ выводу, что двухгодичнымъ срокомъ погашаются и споры о родовомъ происхожденіи завѣщаннаго имущества (кас. рѣш. 1900, № 73). Кромѣ того, Сенатъ разъяснилъ, что двухгодичный срокъ для предъявленія исковъ о завѣщаніяхъ можетъ относиться единственно къ такимъ распоряженіямъ завѣщателя, которыя подлежатъ непосредственному исполненію послѣ его смерти (кас. рѣш. 1903, № 73), а потому этотъ срокъ не останавливаетъ спора, основаннаго на условномъ распоряженіи въ завѣщаніи. Двухгодичною давностью не преграждается возможность возбуждать вопросъ о подлогѣ завѣщанія, какъ о преступленіи (кас. рѣш. 1893, № 11).

Замѣтимъ, что для малолѣтнихъ срокъ считается со дня достиженія ими совершеннолѣтія (т. X ч. 1 ст. 1066[12]).

§ 72.

Послѣдствія принятія наслѣдства.

Литература: Кассо, *Объ отвѣтственности наслѣдниковъ*, 1894; Башмаковъ, *Долговая отвѣтственность наслѣдника* („Ж. М. Ю.“, 1902, № 2).

Послѣдствіемъ принятія наслѣдства является вступленіе наслѣдника во всѣ отношенія, въ которыхъ состоялъ при жизни наслѣдодатель, за исключеніемъ связанныхъ тѣсно съ его личными качествами. Онъ становится активнымъ субъектомъ правъ наслѣдодателя и пассивнымъ субъектомъ его обязанностей. Принятое наслѣдство, какъ совокупность имущественныхъ отношеній, сливается съ имуществомъ самого наслѣдника, какъ совокупностью имущественныхъ отношеній, которыми онъ былъ связанъ до принятія наслѣдства. Слитыя въ одно, два имущества образуютъ одну массу, на которую могутъ обратить свое взысканіе кредиторы какъ наслѣдодателя, такъ и наслѣдника.

Разсмотримъ въ частности нѣкоторыя послѣдствія осуществленія наслѣдниками ихъ наслѣдственнаго права, и принятія наслѣдства.

I. Иски о наслѣдствѣ. По вступленіи въ имущество наслѣдодателя, наслѣдникъ, какъ субъектъ права, можетъ искать принадлежащія къ составу наслѣдства вещи, если онѣ находятся въ чужихъ рукахъ, можетъ взыскивать долги съ должни-

ковъ наслѣдодателя, не исполнившихъ еще своихъ обязательствъ. Въ этихъ случаяхъ иски его основываются на принадлежащихъ ему правахъ собственности и требованія. Въ противоположность этому явленію, не представляющему никакихъ особенностей съ юридической точки зрѣнія, выступаютъ иски о наслѣдствѣ, какъ о совокупности правъ и обязанностей, присвоенныхъ лицомъ, которое въ дѣйствительности не имѣетъ права наслѣдованія. Искъ имѣетъ своимъ содержаніемъ требованіе возвращенія или всего наслѣдства или опредѣленной его части. Истецъ доказываетъ только свое качество наслѣдника, но онъ не обязанъ доказывать ни права собственности, ни права требованія.

Искъ о наслѣдствѣ можетъ быть предъявленъ къ лицу, овладѣвшему имуществомъ въ ошибочномъ предположеніи своихъ правъ наслѣдованія или въ сознаніи отсутствія у него такихъ правъ или въ невѣдѣніи преимущественныхъ правъ другого лица. Истецъ выставляетъ основаніемъ свое наслѣдственное право. Отвѣтчикъ можетъ защищаться, только доказывая, что онъ не мнимый, а дѣйствительный наслѣдникъ, только опровергая качество наслѣдника въ лицѣ истца, не прибѣгая къ доказательствамъ, что наслѣдодатель самъ не имѣлъ права собственности на ту или другую вещь, что наслѣдодатель неправильно пріобрѣлъ то или иное право требованія. Споръ можетъ вестись только въ этой плоскости наслѣдственнаго правоотношенія. Нашъ законъ предусматриваетъ тотъ случай, когда наслѣдство поступило къ наслѣдникамъ по закону въ то время, какъ по завѣщанію право наслѣдованія присвоено иному лицу (т. X ч. 1 ст. 1300). Судебная практика совершенно основательно распространяетъ дѣйствіе постановленій по этому предмету и на обратный случай, когда наслѣдники по завѣщанію принуждены уступить наслѣдство наслѣдникамъ по закону, опровергшимъ силу завѣщанія (кас. рѣш. 1889, № 101; 1894, № 5). Статьи эти слѣдуетъ распространить и на иски однихъ законныхъ наслѣдниковъ къ другимъ, ближайшихъ къ дальнѣйшимъ, которые, явившись до истеченія 6-тимѣсячнаго срока, вступили въ обладаніе наслѣдствомъ (кас. рѣш. 1891, № 105).

Если искъ о наслѣдствѣ будетъ удовлетворенъ судомъ, то отвѣтственность обладателя наслѣдства передъ наслѣдникомъ различается смотря по тому, было ли его обладаніе основано на случайности или представляется намѣреннымъ нарушеніемъ чужихъ правъ.

Если наслѣдники по закону вступили въ обладаніе имуществомъ, не зная о существованіи завѣщанія, а наслѣдники по завѣщанію, не зная о его недѣйствительности, или если одни наслѣдники по закону или по завѣщанію не предполагали существованія болѣе близкихъ законныхъ наслѣдниковъ или другого завѣщанія,—то они не отвѣчаютъ ни въ доходахъ, ни въ управленіи до момента предъявленія къ нимъ иска (т. X ч. 1 ст. 1300; кас. рѣш. 1876, № 458). Слѣдовательно, такіе обладатели наслѣдства, подобно добросовѣстнымъ владѣльцамъ, обязываются возвратить его въ состояніи, въ какомъ оно находится во время предъявленія иска; доходы, полученные съ имущества до этого момента, остаются въ пользу отвѣтчиковъ. Сверхъ того, они имѣютъ право требовать отъ наслѣдниковъ возвращенія имъ: a) всей суммы, уплаченной ими по долгамъ наслѣдодателя, и b) всего капитала, вложеннаго въ доставшееся имъ имущество.

Совершенно иное положеніе обладателя, сознательно захватившаго наслѣдство въ ущербъ дѣйствительному наслѣднику, напр., законнаго наслѣдника, утаившаго завѣщаніе, составленное не въ его пользу. Такой обладатель разсматривается, какъ недобросовѣстный владѣлецъ (т. X ч. 1 ст. 1303), и отвѣтственность его обсуждается по началамъ, установленнымъ для недобросовѣстнаго владѣнія.

Возникаетъ вопросъ о судьбѣ сдѣлокъ. По строгой логикѣ, всѣ сдѣлки, совершонныя неправильнымъ обладателемъ наслѣдства, какъ не основанныя на правѣ наслѣдованія, должны бы быть признаны недѣйствительными. Но подобное правило могло бы отразиться въ высшей степени вредно на цѣломъ рядѣ хозяйствъ, вступившихъ въ сдѣлки съ обладателемъ наслѣдства въ предположеніи дѣйствительности его правъ. Поэтому наше законодательство допускаетъ въ этомъ случаѣ отступленіе отъ безусловнаго проведенія началъ права собственности и ограждаетъ интересы третьихъ лицъ. Если вещи, бывшія въ составѣ наслѣдства, будутъ проданы или заложены до открытія спора, то продажа и залогъ признаются дѣйствительными и остаются въ силѣ. Зато деньги, полученныя по купчей или закладной обладателями наслѣдства, взыскиваются съ нихъ въ пользу дѣйствительныхъ наслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 1301). Сенатъ послѣдовательно въ рядѣ рѣшеній проводитъ тотъ взглядъ, что «законъ предоставляетъ истинному наслѣднику искать себѣ удовлетворенія отъ лица, неправильно воспользо-

вавшагося наслѣдственнымъ имуществомъ, но ограждаетъ третьихъ лицъ, добросовѣстно пріобрѣвшихъ это имущество отъ того, кто въ данное время является безспорнымъ представителемъ наслѣдственнаго права» (кас. рѣш. 1904, № 23, 1910, № 97).

II. Приращеніе наслѣдственной доли. При совмѣстномъ призваніи нѣсколькихъ наслѣдниковъ возможны случаи, когда нѣкоторые изъ нихъ не пріобрѣтутъ вовсе права наслѣдованія или по пріобрѣтеніи не осуществятъ его, т.-е. не вступятъ въ права и обязанности, составляющія наслѣдство. Тогда можетъ наступить приращеніе наслѣдственной доли. Доля однихъ сонаслѣдниковъ увеличивается на счетъ долей, предназначенныхъ для другихъ. Причиною такого приращенія является то обстоятельство, что право каждаго сонаслѣдника распространяется на всю наслѣдственную массу и ограничивается правами другихъ, а потому, съ устраненіемъ однихъ расширяется доля участія въ наслѣдствѣ каждаго другого сонаслѣдника. Поводами приращенія являются: смерть, лишеніе всѣхъ правъ состоянія, постриженіе въ монашество безпотомственнаго наслѣдника (если эти обстоятельства наступаютъ до открытія наслѣдства, потому что послѣ этого момента пріобрѣтенное право наслѣдованія переходитъ къ наслѣдникамъ наслѣдника), недѣйствительность какого-либо завѣщательнаго распоряженія. Затѣмъ къ поводамъ приращенія относится отреченіе отъ наслѣдства со стороны наслѣдника и непринятіе имъ наслѣдства въ теченіе установленнаго срока.

Нѣкоторые полагаютъ, и такова, повидимому, точка зрѣнія Сената (1880, № 129, 1886, № 23), что, въ виду отсутствія въ нашемъ законодательствѣ постановленій о приращеніи, отпаденіе какой-либо наслѣдственной доли можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ только одно,—поворотъ ея къ законнымъ наслѣдникамъ. Но право приращенія основывается не на текстѣ закона, а на толкованіи воли завѣщателя. Если изъ чтенія завѣщанія съ очевидностью выступаетъ, что завѣщатель не имѣлъ совсѣмъ намѣренія отдавать свое имущество наслѣдникамъ по закону, то передача отпавшей наслѣдственной доли по обстоятельствамъ, быть можетъ, непредвидѣннымъ завѣщателемъ, была бы уклоненіемъ отъ исполненія его воли, или даже распоряженіемъ его имуществомъ вопреки его волѣ. Эту точку зрѣнія принужденъ былъ признать и Сенатъ. Разсматривая случай, когда на наслѣдника возлагалась обязанность уплатить денеж-

ную сумму брату завѣщателя, умершему ранѣе завѣщателя, Сенатъ высказалъ, что невыплаченная за смертью отказопринимателя сумма не составляетъ имущества, оставшагося внѣ завѣщанія, на которое имѣли бы право наслѣдники по закону, а остается за наслѣдникомъ по завѣщанію (кас. рѣш. 1909, № 40).

При наслѣдованіи по завѣщанію, когда каждому изъ сонаслѣдниковъ самостоятельно опредѣлена его доля въ наслѣдствѣ, освобожденіе одной какой-либо доли не влечетъ за собою приращенія. Напр., завѣщаніемъ имущество раздѣлено на двѣ половины: смерть одного изъ наслѣдниковъ или признаніе одного изъ распоряженій недѣйствительнымъ не увеличиваютъ доли другого, а оставляютъ половину имущества безъ завѣщанія, которая и поступаетъ къ законнымъ наслѣдникамъ (т. X ч. 1 ст. 1110). Но если завѣщаніе составлено такимъ образомъ, что изъ него обнаруживается намѣреніе завѣщателя оставить все имущество тѣмъ лицамъ, которыя назначены наслѣдниками, то освобожденіе одной какой-либо доли идетъ на пользу всѣхъ остальныхъ и пропорціонально величинѣ ихъ долей. Чтобы завѣщательные наслѣдники отстранили законныхъ наслѣдниковъ въ правѣ на освободившуюся часть, необходима выраженная въ этомъ смыслѣ воля завѣщателя,—предполагать ее мы не имѣемъ основанія. Въ иныхъ завѣщаніяхъ извѣстная группа наслѣдниковъ связывается по волѣ завѣщателя особымъ отношеніемъ, такъ что приращеніе совершается только въ ихъ средѣ, не касаясь другихъ наслѣдниковъ. Напр., завѣщатель назначаетъ свое имѣніе сыну своему Петру, а дочерямъ, Аннѣ и Глафирѣ, капиталъ, положенный въ банкъ для ихъ обезпеченія, или, напр., завѣщатель оставляетъ половину своего имущества сыну, а другую половину всѣмъ своимъ племянникамъ поровну. Смерть одного изъ племянниковъ будетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ увеличеніе долей остальныхъ племянниковъ, но не сына.

Приращеніе не есть особое, самостоятельное наслѣдованіе, оно производится отъ основного наслѣдованія, къ которому прирастаетъ. Поэтому а) принявшій основную долю долженъ признаваться принявшимъ и дополнительную долю безъ особаго акта принятія, b) принявшій основную долю не можетъ отречься отъ дополнительной, с) принявшій основную долю отвѣчаетъ и по дополнительной долѣ.

Въ наслѣдованіи по закону наслѣдники не опредѣляются до открытія наслѣдства, но только въ этотъ моментъ. Поэтому смерть, лишеніе правъ, монашество одного изъ тѣхъ лицъ, ко-

торыя имѣли бы право наслѣдованія, если бы не эти обстоятельства, не даютъ и повода къ приращенію. Такое значеніе имѣетъ только отреченіе и неявка по вызову въ теченіе установленнаго срока. Освободившаяся вслѣдствіе такихъ обстоятельствъ доля поступаетъ къ прочимъ законнымъ наслѣдникамъ, соотвѣтственно долѣ каждаго. Однако, это общее правило нѣсколько видоизмѣняется, встрѣчаясь съ постановленіями нашего законодательства о родовыхъ недвижимостяхъ. Послѣднія не идутъ по приращенію къ наслѣдникамъ изъ другого рода.

III. Раздѣлъ наслѣдства. Наслѣдство можетъ по завѣщанію или по закону перейти не къ одному, а къ нѣсколькимъ наслѣдникамъ. Тогда между ними образуется общая собственность относительно вещей, принадлежавшихъ наслѣдодателю, а относительно обязательствъ, входящихъ въ составъ наслѣдства, между ними устанавливается солидарность. Когда наслѣдники пожелали остаться въ общемъ владѣніи вещами, входившими въ составъ наслѣдства, недвижимостями, капиталами, то положеніе каждаго изъ нихъ представляется довольно стѣснительнымъ. Ни одинъ изъ нихъ не въ правѣ продать своей доли, пока прочіе сонаслѣдники не откажутся пріобрѣсти ее для себя съ уплатою по оцѣнкѣ (т. X ч. 1 ст. 1314). Слѣдовательно, продажа, учиненная безъ согласія сонаслѣдниковъ, въ пользу которыхъ законъ установилъ право преимущественной покупки, будетъ недѣйствительна (contra кас. рѣш. 1876, № 559). Отсюда обнаруживается стѣснительность такого положенія для сонаслѣдниковъ и потребность раздѣла наслѣдства.

Подъ этимъ именемъ понимается раздѣлъ какъ всего наслѣдства, т.-е. совокупности правъ и обязанностей, такъ и установившейся между сонаслѣдниками общей собственности въ отношеніи недвижимости или капитала. Съ точки зрѣнія юридической тотъ и другой случай представляютъ мало различія. Раздѣлъ наслѣдства основывается не на особенномъ наслѣдственномъ правѣ, а на общихъ началахъ вещнаго и обязательственнаго права. Къ нему примѣняются тѣ же положенія, какъ и къ раздѣлу, имѣющему иное основаніе. Раздѣлу подлежитъ цѣнность наслѣдства, за вычетомъ пассива, если только вопросъ о раздѣлѣ не возникаетъ уже тогда, какъ долги наслѣдодателя выплачены, и идетъ рѣчь только объ общей собственности. Раздѣлъ цѣнности можетъ быть произведенъ или: а) распредѣленіемъ между сонаслѣдниками вещей и обязательствъ, входив-

шихъ въ составъ наслѣдства, въ соотвѣтствіи ихъ цѣнности съ долею каждаго, или b) обращеніемъ всего имущества въ деньги, которыя и раздѣляются пропорціонально долямъ. Раздѣлу подлежитъ только наслѣдственная масса безъ привлеченія съ цѣлью уравненія собственнаго имущества сонаслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 1320). Но, при раздѣлѣ, въ видахъ уравненія, принимаются въ соображеніе части наслѣдственнаго имущества, полученныя нѣкоторыми изъ нихъ ранѣе въ видѣ выдѣла или приданаго (т. X, ч. 1, ст. 1003). Раздѣлъ предполагаетъ участіе всѣхъ сонаслѣдниковъ въ общемъ наслѣдственномъ имуществѣ и обнимаетъ совокупность всѣхъ наслѣдственныхъ правъ и обязательствъ (кас. рѣш. 1883, № 32). Въ раздѣлѣ принимаютъ участіе сонаслѣдники, однако, если какая-нибудь наслѣдственная доля была продана съ публичнаго торга, то пріобрѣвшее эту долю постороннее лицо, замѣщая наслѣдника, подчиняется требованію прочихъ наслѣдниковъ раздѣлить имущество, и потому обязано соучаствовать въ наслѣдственномъ раздѣлѣ (кас. рѣш. 1891, № 23).

Раздѣлъ производится по соглашенію или судебнымъ порядкомъ (т. X ч. 1 ст. 1315). *Полюбовный раздѣлъ* основывается на договорѣ между всѣми сонаслѣдниками, а потому разъ совершонный раздѣлъ не подлежитъ измѣненію иначе, какъ съ общаго согласія. Такой раздѣлъ совершается самими наслѣдниками или чаще всего при участіи нотаріуса. Договоръ о раздѣлѣ наслѣдства, въ составъ котораго входятъ недвижимости, выражается въ раздѣльномъ актѣ, который носитъ названіе раздѣльной записи, и совершается крѣпостнымъ порядкомъ. Напротивъ, раздѣлъ наслѣдства, состоящаго изъ одной движимости, можетъ быть совершенъ на письмѣ, въ формѣ нотаріальной или домашней, и даже словесно (кас. рѣш. 1872, № 395). Возможность договорнаго раздѣла не исключена и тогда, когда въ числѣ сонаслѣдниковъ находятся малолѣтніе, которые въ этомъ случаѣ представлены опекунами. Но проектъ раздѣла требуетъ утвержденія окружнаго суда (т. X ч. 1 ст. 1336).

Соглашеніе между сонаслѣдниками не всегда легко достигается. Этому мѣшаютъ несогласіе между ними, упорство нѣкоторыхъ изъ нихъ, наконецъ, затрудненія, возникающія при раздѣлѣ. Тогда, по требованію одного изъ наслѣдниковъ, наступаетъ *судебный раздѣлъ*. Но, прежде чѣмъ приступить къ дѣлежу силою власти, судъ предоставляетъ самимъ наслѣдникамъ согласиться и раздѣлиться полюбовно. Съ этою цѣлью

имъ дается сроку два года, считая съ того времени, какъ подано въ судъ прошеніе о раздѣлѣ (т. X ч. 1 стт. 1317 и 1318). Наслѣдники побуждаются къ мирному окончанію дѣла въ этотъ срокъ угрозою штрафа, который, въ размѣрѣ 6% со всего актива наслѣдства, падаетъ на виновныхъ въ неудачѣ. Укрощеніе строптивыхъ!

По истеченіи указаннаго срока для полюбовнаго раздѣла, судъ, по новой просьбѣ хотя бы одного изъ наслѣдниковъ, приступаетъ къ судебному раздѣлу. Во избѣжаніе злоупотребленій, наслѣдственное имущество берется въ опекунское управленіе, съ наложеніемъ запрещенія на недвижимость. Условіями судебнаго раздѣла являются: a) несомнѣнность правъ наслѣдованія каждаго изъ сонаслѣдниковъ и b) опредѣленность доли каждаго. Судебный раздѣлъ происходитъ подъ наблюденіемъ одного изъ членовъ суда, который можетъ поручить завѣдываніе ходомъ производства по составленію проекта раздѣла одному изъ нотаріусовъ (уст. гр. суд. стт. 1411 и 1412). Членъ суда назначаетъ засѣданіе для выбора лицъ, которымъ сонаслѣдники поручаютъ, по общему согласію, приведеніе въ извѣстность состава и положенія наслѣдственнаго имущества, съ производствомъ описи и оцѣнки, и составленія проекта раздѣла. При несогласіи наслѣдниковъ въ выборѣ такихъ лицъ, послѣднія назначаются членомъ суда. На основаніяхъ, указанныхъ этими выборными лицами, и учреждается судебный раздѣлъ (уст. гр. суд. стт. 1413, 1414 и 1417).

Если въ составѣ наслѣдства остались нераздѣльныя вещи и нераздробляемыя имущества: дворы, заводы, фабрики и лавки, то онѣ назначаются однимъ изъ сонаслѣдниковъ, съ тѣмъ, что если цѣнность такихъ вещей превосходитъ величину ихъ доли, то они обязываются удовлетворить другихъ сонаслѣдниковъ деньгами. Когда въ составѣ наслѣдства оказалось одно только нераздробляемое имущество, напр., одна фабрика, то преимущественное право на нее принадлежитъ старшему («по рожденію, лѣтами»—кас. рѣш. 1878 г, № 18) наслѣднику, а если онъ не въ состояніи заплатить другимъ ихъ части или не желаетъ брать, то право переходитъ къ другому младшему наслѣднику (т. X ч. 1 ст. 1324). Если и самый младшій наслѣдникъ отклоняетъ отъ себя нераздѣльное имѣніе, то раздѣлъ судебнымъ порядкомъ становится невозможенъ (кас. рѣш. 1909, № 10). Внѣ этого случая, совершенно своеобразнаго для русскаго права, все наслѣдственное имущество дѣлится

на равноцѣнныя части и затѣмъ жребій рѣшаетъ, кому достанется какая изъ нихъ (т. X ч. 1 ст. 1322). Здѣсь, какъ бы случайно, пробилась мысль, которая въ настоящее время принимаетъ господствующее положеніе въ Европѣ. Въ противоположность Франціи, гдѣ наслѣдство всегда дѣлится между наслѣдниками въ натурѣ, что приводитъ къ чрезвычайному дробленію крестьянской поземельной собственности, въ Германіи, напротивъ, законъ поддерживаетъ охотно стремленіе крестьянъ отдать все свое земельное хозяйство одному изъ дѣтей, который уже и долженъ удовлетворить остальныхъ сонаслѣдниковъ денежными суммами (Anerbenrecht). Кромѣ Германіи, этой же системы придерживаются Австрія, Испанія, отчасти Швейцарія, новый кодексъ которой предоставляетъ кантонамъ опредѣлять minimum, ниже котораго наслѣдственный раздѣлъ не долженъ доводить земельные участки (§ 616). Конечно, ст. 1324 т. X ч. 1 имѣетъ въ виду вовсе не мелкую крестьянскую собственность, а заводы, фабрики, лавки.

Полюбовный раздѣлъ, какъ основанный на договорѣ, неизмѣненъ. Но судебный раздѣлъ можетъ подлежать еще передѣлу, если въ теченіе года со времени раздѣла подана будетъ просьба въ судъ со стороны какого-либо изъ сонаслѣдниковъ, доказавшаго, что онъ былъ обиженъ и получилъ на свою часть удѣлъ меньше другихъ (т. X ч. 1 стт. 1332 и 1335). Обжалованіе судебнаго раздѣла не на этомъ основаніи, а въ виду несоблюденія установленныхъ формъ, можетъ послѣдовать только въ общемъ порядкѣ обжалованія судебныхъ опредѣленій.

VI. Отвѣтственность наслѣдниковъ. Такъ какъ наслѣдникъ вступаетъ во всѣ юридическія отношенія, въ которыхъ состоялъ наслѣдодатель, и такъ какъ они сливаются, объединенныя однимъ субъектомъ, съ отношеніями, въ которыхъ состоялъ до этого времени самъ наслѣдникъ, то *наслѣдникъ отвѣчаетъ за долги наслѣдодателя, какъ за свои собственные*. Его отвѣтственность передъ кредиторами наслѣдодателя не ограничивается цѣнностью пріобрѣтеннаго наслѣдства, но распространяется на все его собственное имущество. Это положеніе вытекаетъ логически изъ современнаго понятія о наслѣдованіи, оно подкрѣпляется историческими основаніями той эпохи, когда имущество принадлежало семьѣ и смерть главы означала не измѣненіе субъекта правъ и обязанностей, а только смѣну распорядителя.

Но съ современной точки зрѣнія такая неограниченная

отвѣтственность наслѣдниковъ представляется несправедливой. Трудно понять, за что одно лицо должно отвѣчать по обязательствамъ другого, въ которыхъ оно не принимало никакого участія. Кредиторы наслѣдодателя вѣрили только его имущественной состоятельности и привлеченіе къ отвѣтственности новаго лица составляетъ для нихъ пріятную неожиданность. Если наслѣдникъ можетъ освободиться отъ подобной отвѣтственности отреченіемъ или непринятіемъ, то не слѣдуетъ упускать изъ виду, что нерѣдко наслѣдникъ можетъ легко ошибаться насчетъ экономическаго состава наслѣдства, и что нѣкоторые наслѣдники, особенно дѣти, считаютъ своимъ нравственнымъ долгомъ принять наслѣдство, какова бы ни была его цѣнность. Несравненно правильнѣе было бы ликвидировать каждое наслѣдство и только оставшуюся, за удовлетвореніемъ кредиторовъ, цѣнность распредѣлять между лицами, имѣющими право наслѣдованія.

Чѣмъ сильнѣе было римское вліяніе на то или другое законодательство, тѣмъ рѣзче выразилась въ немъ идея неограниченной отвѣтственности наслѣдника (ultra vires). Чѣмъ новѣе законодательство, тѣмъ настойчивѣе проводитъ оно идею устраненія этой неограниченной отвѣтственности. Франція, съ ея кодексомъ начала XIX столѣтія, ставитъ принципомъ неограниченную отвѣтственность (§§ 724, 873), и лишь въ видѣ исключенія допускаетъ отвѣтственность въ предѣлахъ цѣнности принятаго по описи наслѣдства. При составленіи гражданскаго кодекса Германіи, вопросъ о томъ, долженъ ли наслѣдникъ отвѣчать только принятымъ наслѣдствомъ или, сверхъ того, и всѣмъ своимъ имуществомъ, явился однимъ изъ самыхъ боевыхъ. Споръ при выработкѣ кодекса отразился на редакціи его, которая сейчасъ возбуждаетъ новые споры въ пониманіи дѣйствующаго закона. Что̀ въ самомъ дѣлѣ значитъ такая неясная фраза: «наслѣдникъ отвѣчаетъ за наслѣдственные долги» (№ 1967). Если даже и видѣть въ ней выраженіе неограниченной отвѣтственности, то все же необходимо признать правильнымъ замѣчаніе, что случаи, когда законъ допускаетъ отвѣтственность въ предѣлахъ принятаго наслѣдства, такъ многочисленны, что въ дѣйствительности неограниченная отвѣтственность, выраженная, какъ правило, является только рѣдкимъ исключеніемъ (§ 1975). Въ томъ же направленіи и еще дальше идетъ швейцарскій кодексъ начала XX вѣка. Правда, и въ немъ высказано положеніе, что наслѣдникъ, принявшій наслѣдство, лично

отвѣчаетъ за его долги (§ 560), но такое послѣдствіе можетъ наступить только по личному его желанію. Въ самомъ дѣлѣ, наслѣднику открыта возможность или заявить о принятіи наслѣдства по описи съ отвѣтственностью въ предѣлахъ ея содержанія (§ 580), или потребовать офиціальной ликвидаціи (§ 593), которая погаситъ всѣ долги и выдастъ наслѣднику только остатокъ, если таковой окажется. Англія, далекая отъ римскаго вліянія, совершенно не знаетъ принципа неограниченной отвѣтственности,—въ этой странѣ наслѣдникъ всегда отвѣчаетъ только въ предѣлахъ цѣнности, перешедшей къ нему съ наслѣдствомъ.

Въ вопросѣ объ отвѣтственности наслѣдника за долги наслѣдодателя Россія стоитъ на крайнемъ флангѣ. По русскому законодательству общее правило состоитъ въ томъ, что наслѣдникъ отвѣчаетъ неограниченно всѣмъ своимъ имуществомъ, и только въ нѣсколькихъ, совершенно незначительныхъ, случаяхъ эта отвѣтственность слагается съ него. Сводъ Законовъ принялъ господствовавшую въ его время римскую точку зрѣнія, не считаясь съ тѣмъ, что принципъ неограниченной отвѣтственности не имѣлъ исторической опоры въ русскомъ правѣ,—приведенные подъ ст. 1259 т. X ч. 1 источники и на этотъ разъ, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, отказываются оправдать ея содержаніе.

Неограниченная отвѣтственность распространяется на всѣхъ наслѣдниковъ, какъ назначаемыхъ завѣщаніемъ, такъ и призываемыхъ по закону (т. X ч. 1 ст. 1259). Воля завѣщателя не въ состояніи устранить этихъ послѣдствій принятія наслѣдства. Въ законѣ содержатся, однако, указанія на отдѣльные случаи, когда отвѣтственность наслѣдниковъ не идетъ за предѣлы цѣнности принятаго наслѣдства. 1) Если наслѣдодатель совершилъ преступленіе, которое причинило потерпѣвшему матеріальные убытки, то обязанность вознагражденія переходитъ на наслѣдниковъ съ тѣмъ, однако, что отвѣтственность ограничивается имуществомъ, доставшимся имъ отъ виновныхъ (улож. наказ. ст. 59 и 61); 2) по долговымъ обязательствамъ, безсрочнымъ и выданнымъ срокомъ до востребованія, если они представлены ко взысканію по смерти заемщика, наслѣдники его отвѣтствуютъ только всѣмъ принятымъ ими по наслѣдству отъ должника имѣніемъ (т. X. ч. 1 ст. 1259, прим.). Практика желала бы расширить случаи ограниченной отвѣтственности: а) при наслѣдованіи восходящихъ на основаніи ст. 1146 т. X ч. 1,

которая въ дѣйствительности вовсе не отмѣняетъ на этотъ случай наслѣдованія ст. 1259, а лишь устанавливаетъ мѣру, охраняющую интересы кредиторовъ; b) при наслѣдованіи супруговъ на основаніи указной части, которую противопоставляютъ наслѣдственной долѣ, хотя историческіе признаки этого различія давно стерлись.

Если наслѣдниковъ нѣсколько, то отвѣтственность за долги наслѣдодателя распредѣляется между ними соотвѣтственно наслѣдственной долѣ каждаго (т. X ч. 1 ст. 1259 п. 1, ст. 1543). Каждый изъ сонаслѣдниковъ отвѣчаетъ всѣмъ своимъ имуществомъ, но величина долга, падающая на него, пропорціональна долѣ его въ наслѣдствѣ.

Отвѣтственность сонаслѣдниковъ только долевая, но не солидарная, потому что послѣдняя нигдѣ въ законѣ не выражена, а слѣдовательно и не можетъ предполагаться. Съ другой стороны, такъ какъ неограниченная отвѣтственность основывается на идеѣ сліянія имуществъ наслѣдодателя и наслѣдника, то отвѣтственность наслѣдника не можетъ разсматриваться какъ субсидіарная. Другими словами, наслѣдникъ отвѣчаетъ передъ кредиторами, хотя и пропорціонально своей наслѣдственной долѣ, но не выжидая обнаруженной недостаточности наслѣдства, доставшагося какъ ему, такъ и другимъ наслѣдникамъ, а тѣмъ менѣе объявленія всѣхъ наслѣдниковъ несостоятельными должниками, какъ это, повидимому, полагаетъ Сенатъ (кас. рѣш. 1881, № 187).

Въ отношеніи отвѣтственности воля завѣщателя способна произвести нѣкоторыя измѣненія и распредѣлить ее между наслѣдниками по собственному усмотрѣнію. Завѣщатель можетъ обязать однихъ наслѣдниковъ платить больше, другихъ меньше, можетъ возложить на нѣкоторыхъ погашеніе опредѣленныхъ долговъ, иныхъ совсѣмъ освободить. Но это распоряженіе завѣщателя, равно какъ и соглашеніе между самими наслѣдниками о взаимномъ распредѣленіи обязательствъ, имѣетъ силу только по отношенію къ наслѣдникамъ, для опредѣленія ихъ разсчетовъ между собою, но не въ состояніи ни въ чемъ измѣнить опредѣленныхъ закономъ правъ третьихъ лицъ, которыя могутъ всегда требовать отъ наслѣдниковъ удовлетворенія, соразмѣрнаго наслѣдственной долѣ. Нѣкоторымъ исключеніемъ оказывается тотъ случай, когда къ одному изъ наслѣдниковъ переходитъ недвижимость, обремененная залогомъ. Платежъ долга, обезпеченнаго залогомъ, падаетъ исключительно на этого

наслѣдника, хотя бы и несоразмѣрно его наслѣдственной долѣ, по той причинѣ, что въ силу особенности, присущей нашему законодательству, кредиторъ можетъ обращать свое взысканіе только на заложенную вещь, слѣдовательно, онъ лишенъ возможности требовать платежа отъ кого-либо изъ другихъ наслѣдниковъ (кас. рѣш. 1880, № 70).

Въ виду той тяжести, которую возлагаетъ на наслѣдниковъ принятіе наслѣдства въ случаѣ превышенія пассива надъ активомъ, иностранныя законодательства, слѣдуя римскому и древнегерманскому праву, даютъ наслѣдникамъ особую льготу, извѣстную подъ именемъ *beneficium inventarii*. Принимая наслѣдство, наслѣдникъ можетъ заявить, что онъ соглашается на это дѣйствіе только подъ условіемъ означенной льготы. На такое заявленіе дается весьма краткій срокъ, напр., мѣсяцъ (герм. гражд. улож. § 1975, швейц. гражд. код. § 580). Кредиторы наслѣдодателя приглашаются, въ порядкѣ вызывного производства, заявить свои требованія, въ теченіе опредѣленнаго срока. Затѣмъ въ теченіе также небольшого срока наслѣдникъ долженъ принять наслѣдство по описи, въ присутствіи представителей общественной власти. При соблюденіи этого порядка наслѣдникъ освобождается отъ отвѣтственности своимъ имуществомъ и отвѣчаетъ только цѣнностью наслѣдства, которая установлена была инвентаремъ. Русскому законодательству эта инвентарная льгота, къ сожалѣнію, неизвѣстна. Въ правилахъ объ охраненіи торговыхъ предпріятій (т. X ч. 1 ст. 1238, прил.) нельзя не замѣтить слѣдовъ западнаго вліянія и мысли объ инвентарной льготѣ (стт. 3, 7 и 10), но положенія высказаны настолько неясно и противорѣчиво, что лишены почти всякаго практическаго значенія.

Если инвентарная льгота имѣетъ въ виду охранить справедливые интересы наслѣдниковъ, то *beneficium separationis* предназначается къ обезпеченію не менѣе почтенныхъ интересовъ кредиторовъ. Эти интересы могутъ значительно пострадать отъ того послѣдствія, въ силу котораго имущество наслѣдодателя сливается съ имуществомъ наслѣдника, быть можетъ чрезмѣрно обремененнымъ долгами. Такимъ путемъ кредиторы наслѣдодателя, довѣрявшіе его состоятельности, принуждены неожиданно вступить въ состязаніе съ кредиторами наслѣдника. Совершенно вѣрныя права могутъ оказаться неосуществимыми, если наслѣдство перейдетъ къ лицу несостоятельному. Поэтому вполнѣ справедливо предоставить кредиторамъ наслѣдодателя преиму-

щественное право удовлетворенія изъ цѣнности наслѣдства, въ виду которой они оказывали кредитъ. Обособленіе наслѣдства отъ имущества наслѣдника допускается западными законодательствами (франц. код. §§ 878—881, герм. улож. § 1981 п. 2, швейц. код. §§ 594). Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ никакихъ указаній на возможность такого обособленія, хотя наша судебная практика, признавая справедливые интересы кредиторовъ, старается провести это начало и въ русскую жизнь (кас. рѣш. 1887, № 76). Но соображенія, выводимыя изъ русскаго законодательства, не могутъ быть признаны убѣдительными, потому что они имѣютъ экономическій, а не юридическій характеръ. Въ положительномъ законодательствѣ, не касающемся вовсе этого вопроса, едва ли можно сдѣлать выводъ о возможности обособленія наслѣдства и преимущественномъ правѣ кредиторовъ на его цѣнность. Единственное косвенное указаніе встрѣчаемъ мы въ т. XI ч. 2, уст. суд. торг., ст. 498 п. 3, гдѣ говорится, что несостоятельностью признается, когда наслѣдники послѣ умершаго, не вступая въ наслѣдство по несоразмѣрности его съ долгами, отъ принятія отрекутся или же кредиторы имъ не повѣрятъ. Въ послѣднихъ словахъ заключается нѣкоторый намекъ на право кредиторовъ остановить переходъ наслѣдства, но, однако, подъ условіемъ объявленія несостоятельности. Въ обособленіи двухъ имуществъ могутъ быть заинтересованы не только кредиторы наслѣдодателя, но и кредиторы наслѣдника, состоятельности котораго можетъ угрожать принятіе, можетъ быть изъ уваженія къ памяти отца, наслѣдства, обремененнаго долгами. Однако, кредиторы наслѣдника не въ правѣ просить объ обособленіи имуществъ, потому что въ нашемъ законѣ нѣтъ никакихъ на то указаній, да и по существу такое право было бы необосновано, если принять во вниманіе, что они ничѣмъ не обезпечивались отъ самыхъ рискованныхъ операцій, въ какія могъ вступать ихъ должникъ.

§ 73.

Завѣщательный отказъ.

Литература: Башмаковъ, *Быть или не быть понятію завѣщательнаго отказа въ русскомъ законодательствѣ* („Ж. М. Ю.“ 1901, № 7); Бутовскій, *Наслѣдники и легатаріи* (В. пр. и нот. 1911, № 23).

I. Понятіе объ отказѣ. Рядомъ съ распоряженіями, направленными къ предоставленію опредѣленнымъ лицамъ правъ

наслѣдованія во всемъ или въ части имущества, въ завѣщаніи могутъ оказаться отказы или легаты. Подъ именемъ завѣщательнаго отказа слѣдуетъ понимать такое *завѣщательное распоряженіе, которымъ въ пользу извѣстнаго лица предоставляется или устанавливается опредѣленное право за счетъ наслѣдственной массы.* Лицо, въ пользу котораго такое право предоставлено или установлено, называется легатаріемъ, что на русскій языкъ передается выраженіемъ «отказополучатель».

a. Завѣщательный отказъ есть всегда *право*, но не обязанность, хотя по связи съ правомъ можетъ быть возложена и обязанность, напр. съ отказомъ заложеннаго дома на отказополучателя возлагается обязанность очистки долга. Завѣщательный отказъ состоитъ изъ одного или нѣсколькихъ опредѣленныхъ правъ, и этимъ отличается отъ наслѣдованія, которое есть право вступленія въ совокупность юридическихъ отношеній, активныхъ и пассивныхъ, оставшихся послѣ наслѣдодателя, хотя бы и не во всю, а только часть ея. Завѣщательнымъ отказомъ можетъ быть предоставлено право, выдѣляемое изъ наслѣдственной массы: 1) вещное, напр. когда отказывается кому либо верховая лошадь или вкладъ въ сберегательной кассѣ; 2) обязательственное, напр. когда отказывается кому либо право требованія, принадлежавшее наслѣдодателю и пока еще не осуществленное; 3) исключительное, напр. когда ученый отказываетъ университету свое авторское право на свои труды. Завѣщательнымъ отказомъ можетъ быть установлено вновь право, не существовавшее въ наслѣдственной массѣ, но за счетъ наслѣдственной массы: 1) актомъ односторонней воли завѣщателя, напр. когда отказывается пожизненное пользованіе домомъ, право собственности на который завѣщается наслѣднику; 2) актомъ двусторонней воли наслѣдодателя и наслѣдника, напр. когда наслѣдодатель возлагаетъ на наслѣдника обязанность выдать отказополучателю денежную сумму. Послѣдній видъ отказа только и можетъ быть признанъ обязательственнымъ отказомъ, въ противоположность всѣмъ остальнымъ, въ которыхъ отказополучатель пріобрѣтаетъ право не черезъ наслѣдника, и не въ зависимости отъ его согласія принять наслѣдство, а непосредственно отъ наслѣдодателя въ силу завѣщанія. Всѣ остальные виды отказа, кромѣ обязательственнаго, объединяются, весьма неточно и въ ущербъ правильному представленію, подъ именемъ вещнаго отказа.

b. Отказъ, какъ завѣщательное распоряженіе, составляетъ

предложеніе, исходящее отъ завѣщателя. Оно обращено, при отказѣ опредѣленнаго права, принадлежавшаго къ составу наслѣдства, и при отказѣ опредѣленнаго права, устанавливаемаго одностороннею волею завѣщателя,—къ лицу отказополучателя, согласіе котораго только и требуется для того, чтобы онъ сталъ субъектомъ завѣщаннаго ему права. Оно обращено, при обязательственномъ отказѣ, съ одной стороны къ отказополучателю, согласіе котораго необходимо для того, чтобы онъ сталъ субъектомъ права, а съ другой стороны къ наслѣднику, согласіе котораго необходимо для того, чтобы отказополучатель могъ стать субъектомъ права требовать отъ наслѣдника исполненія воли завѣщателя. Согласіе наслѣдника выражается въ принятіи наслѣдства. При обязательственномъ отказѣ между наслѣдникомъ и отказополучателемъ создается обязательственное отношеніе, какъ между должникомъ и кредиторомъ.

c. Характеромъ отказа опредѣляется *моментъ пріобрѣтенія права*. При обязательственномъ отказѣ отказополучатель пріобрѣтаетъ право требованія лишь съ момента принятія наслѣдникомъ наслѣдства. Поэтому, если бы до этого момента отказополучатель умеръ, то къ его наслѣдникамъ право перейти не можетъ и прекращается. При всякомъ другомъ отказѣ отказополучатель становится субъектомъ права, выдѣленнаго завѣщателемъ изъ наслѣдственной массы или установленнаго на наслѣдственной массѣ, въ моментъ принятія отказа съ обратнымъ дѣйствіемъ къ моменту смерти завѣщателя, но право на отказъ пріобрѣтаетъ въ моментъ открытія наслѣдства. Поэтому, если бы отказополучатель умеръ, не успѣвъ выразить согласіе на сдѣланное ему предложеніе, его право переходитъ къ его наслѣдникамъ. Кромѣ того, отказополучатель можетъ требовать передачи ему завѣщаннаго въ томъ видѣ, какой оно имѣло въ моментъ открытія наслѣдства, а слѣдовательно со всѣми доходами и приращеніями.

d. Отказъ выражается *въ формѣ завѣщательнаго распоряженія*, а потому отказъ внѣ завѣщанія силы не имѣетъ. Не только словесно, но даже въ частномъ письмѣ или въ офиціальномъ документѣ выраженное обѣщаніе предоставить или установить право не влечетъ за собою желаемыхъ юридическихъ послѣдствій.

II. Иностранныя законодательства. Развитая теорія легатовъ дана была въ Римѣ, гдѣ она играла крупную соціальную роль. Римское право выработало два вида легата:

вещный (per vindicationem) и обязательственный (per damnationem). Современныя законодательства въ пониманіи и въ построеніи легатовъ проявляютъ значительное различіе.

Французское законодательство легатаріями называетъ вообще всѣхъ наслѣдниковъ по завѣщанію въ отличіе отъ наслѣдниковъ по закону. Среди легатаріевъ оно различаетъ три вида: légataires universels, которымъ по завѣщанію оставляется все наслѣдство, légataires á titre universel, которымъ завѣщана опредѣленная часть наслѣдства, и légataires particuliers, или собственно легатаріевъ, которыхъ законъ опредѣляетъ уже чисто отрицательнымъ путемъ: всякій иной легатъ есть частный (франц. гражд. код. § 1010). При такомъ опредѣленіи отказа трудно ожидать, чтобы законъ различалъ отказы вещные и обязательственные; и во французской юриспруденціи далеко не безспорнымъ считается, знаетъ ли и допускаетъ ли кодексъ вещные легаты. Частный легатарій не отвѣчаетъ за долги наслѣдства за исключеніемъ случая сбавки отказа.

Германское законодательство даетъ многочисленныя и многословныя постановленія о легатахъ (Vermächtniss), противополагая ихъ завѣщательному назначенію наслѣдника. Относительно двухъ видовъ отказовъ германское гражданское уложеніе заняло совершенно опредѣленную позицію: оно признало только обязательственный легатъ: отказомъ устанавливается въ пользу надѣленнаго право требовать отъ обремененнаго предоставленія отказаннаго предмета (§ 2174). Вещный легатъ былъ сознательно отвергнутъ законодателемъ изъ опасенія за интересы кредиторовъ, которые могли бы пострадать отъ того, что завѣщатель нѣкоторыя цѣнныя вещи могъ бы выдѣлить изъ наслѣдственной массы и предоставить ихъ кому нибудь помимо наслѣдника. Легатаріи въ удовлетвореніи своихъ требованій къ наслѣднику стоятъ позади наслѣдственныхъ кредиторовъ.

Сжато, кратко, но лучше всего построены легаты въ швейцарскомъ законодательствѣ. Наслѣдодатель можетъ назначить кому-либо, не дѣлая его наслѣдникомъ, имущественную цѣнность (libéralité, Vermögensvortheil) посредствомъ легата. Онъ можетъ или отказать предметъ, входящій въ наслѣдство, или узуфруктъ всего или части наслѣдства, или же обязать своихъ наслѣдниковъ совершить, за счетъ наслѣдства, какое-либо дѣйствіе въ пользу извѣстнаго лица или освободить послѣднее отъ обязательства. Легаты, которыя выходятъ за предѣлы цѣн-

ности наслѣдства, могутъ быть подвергнуты пропорціональной сбавкѣ (§§ 484—486).

III. Русское законодательство. Долгое время упорно поддерживалось мнѣніе, что русскому законодательству совершенно чужда идея отказа, что оно знаетъ только наслѣдниковъ, но не легатаріевъ. Въ послѣднее время этотъ взглядъ подвергся пересмотру и въ литературѣ и въ судебной практикѣ.

Можно ли утверждать, что нашему закону неизвѣстенъ легатъ? Ст. 1086 т. X ч. 1 признаетъ за завѣщателемъ право обязывать своихъ наслѣдниковъ денежными выдачами,—очевидно, въ пользу лицъ, не принадлежащихъ къ числу наслѣдниковъ. Точно также ст. 1011 прим. говоритъ, что завѣщатель имѣетъ право, силою завѣщанія, обязать избраннаго наслѣдника къ исполненію нѣкоторыхъ по имуществу распоряженій, каковы, напр., денежныя выдачи. Законъ имѣетъ въ виду одинъ родъ легата,—право на періодическіе платежи со стороны наслѣдника. Но для развитія института отказа достаточно того, что законъ упоминаетъ хотя объ одномъ видѣ отказовъ, и что онъ сознаетъ различіе между наслѣдникомъ и лицомъ, получающимъ отказъ. Это сознаніе различія проявилось въ финансовомъ законодательствѣ: когда духовнымъ завѣщаніемъ возложена на наслѣдниковъ обязанность произвести другимъ лицамъ денежныя выдачи, то наслѣдники уплачиваютъ весь причитающійся съ наслѣдственнаго имущества налогъ и затѣмъ имѣютъ право удержать слѣдующія съ означенныхъ лицъ части внесеннаго налога изъ производимыхъ имъ выдачъ (т. V, уст. пошл., изд. 1903, ст. 214). Не затемняетъ идеи отказа и ст. 533[2] т. X ч. 1, которая распредѣляетъ отвѣтственность за долги собственника родового имѣнія, предоставленнаго, помимо наслѣдника, въ пожизненное пользованіе супруга, между наслѣдниками и пожизненнымъ владѣльцемъ по соразмѣрности полученной каждымъ цѣнности, потому что въ этомъ исключительномъ случаѣ дѣло идетъ объ облегченіи положенія законнаго наслѣдника, и безъ того лишеннаго принадлежащей ему по закону родовой недвижимости.

Но, если бы даже допустить, что этихъ данныхъ мало, нельзя не считаться съ тѣмъ явленіемъ, что въ нашемъ правѣ и въ нашемъ быту явственно выступаетъ идея отказа въ отличіе отъ идеи наслѣдованія. Наше законодательство понимаетъ наслѣдство, какъ совокупность правъ и обязательствъ, оставшихся послѣ умершаго (т. X ч. 1 ст. 1104), и, слѣдовательно, пред-

ставляетъ себѣ наслѣдника, какъ универсальнаго преемника. Если это такъ, то возможно ли вмѣнять русскому праву представленіе о легатаріѣ, какъ наслѣдникѣ, когда легатарій въ назначеніи завѣщателя выступаетъ явно, какъ сингулярный преемникъ? Можно ли думать, что, оставляя своему старому слугѣ серебрянные часы или завѣщая университету денежную сумму на образованіе стипендіи, завѣщатель представлялъ себѣ и слугу и университетъ въ роли своихъ наслѣдниковъ? Глава крупной фирмы, оставляя свое торговое предпріятіе сыну своему, назначаетъ своимъ приказчикамъ, бухгалтерамъ, конторщикамъ денежныя выдачи, совершенно не подозрѣвая, что юридически онъ уравниваетъ ихъ всѣхъ въ положеніи своихъ преемниковъ по имуществу. Сколько бы ни старались втиснуть легатаріевъ въ разрядъ наслѣдниковъ, это не удастся ни въ смыслѣ укорененія въ правосознаніи, ни въ смыслѣ логическаго проведенія началъ наслѣдственнаго права.

Первоначально Сенатъ относился совершенно отрицательно къ идеѣ легата, какъ несовмѣстной съ русскимъ законодательствомъ. Въ отвѣтъ на попытку поставить рядомъ съ наслѣдникомъ легатарія, Сенатъ высказалъ, что «лицо, получающее имущество по духовному завѣщанію, вступаетъ во владѣніе этимъ имуществомъ въ качествѣ наслѣдника завѣщателя» (кас. рѣш. 1868, № 777), «въ ст. 1086, т. X ч. 1, вовсе не заключается такого правила, чтобы лица, въ пользу которыхъ завѣщатель обязалъ своихъ наслѣдниковъ денежными выдачами, ни въ какомъ случаѣ не могли считаться наслѣдниками по завѣщанію» (кас. рѣш. 1874, № 596). Наконецъ, Сенатъ вынужденъ былъ формулировать свой взглядъ въ болѣе опредѣленной постановкѣ. «При наслѣдованіи по духовному завѣщанію законы наши не дѣлаютъ особаго различія между наслѣдствомъ, предоставляемымъ завѣщателемъ непосредственно указанному въ завѣщаніи лицу наслѣдника и такимъ, которое должно перейти къ лицу, указанному въ завѣщаніи, черезъ посредство избраннаго завѣщателемъ душеприказчика или наслѣдника всего имущества» (кас. рѣш. 1879, № 340). А затѣмъ Сенатъ признаетъ, что легатаріи признаются закономъ «соучастниками въ наслѣдствѣ» (кас. рѣш. 1886, № 60). Такое положеніе, принятое въ разсматриваемомъ вопросѣ, приводило къ большимъ практическимъ затрудненіямъ, потому что это обязывало кредиторовъ наслѣдодателя привлекать къ отвѣтственности не только всѣхъ наслѣдниковъ, но и всѣхъ отказополучателей, хотя бы весьма

многочисленныхъ и малозначительныхъ. Выраженія: отказъ, легатъ, легатаріи назойливо наступали все чаще, и Сенатъ, незамѣтно для себя, сталъ ими пользоваться, какъ будто они приняты въ русскомъ законодательствѣ. Взглядъ практики поддался съ 1900 года, когда Сенатъ, по поводу взимаемыхъ съ наслѣдства пошлинъ, сталъ самъ противополагать легатаріевъ наслѣдникамъ (кас. рѣш. 1900, № 104). По поводу завѣщанія, которымъ все имущество оставлялось вдовѣ съ возложеніемъ на нее обязанности выдать опредѣленную сумму родственникамъ и знакомымъ по усмотрѣнію, Сенатъ отвергъ кассаціонное соображеніе, что въ завѣщаніи недостаетъ точнаго обозначенія наслѣдника, и, въ противоположность прежнему взгляду, высказалъ: «если же завѣщатель назвалъ бы лицъ, которымъ наслѣдникъ его обязанъ произвести выдачи, то все-таки лица эти являлись бы не наслѣдниками завѣщателя, ибо онъ вдовѣ завѣщалъ все свое имущество, а лишь лицами, получившими право требовать исполненія наслѣдникомъ лежащаго на немъ обязательства» (кас. рѣш. 1903, № 122). Правда, Сенатъ въ 1908 году еще отстаиваетъ мнѣніе, что «о легатахъ, какъ объ особомъ институтѣ завѣщательнаго права, свойственномъ римскому праву и тѣмъ иностраннымъ законодательствамъ, которыя восприняли римское право, въ нашихъ гражданскихъ законахъ не содержится никакихъ особыхъ постановленій» (кас. рѣш. 1908, № 77). Но въ слѣдующемъ году Сенатъ рѣзко порываетъ съ прежнимъ своимъ взглядомъ (кас. рѣш. 1909, № 40). Поставивъ передъ собой вопросъ, тождественны ли между собой, по нашимъ законамъ, наслѣдство по завѣщанію и тѣ денежныя суммы (легаты), которыя наслѣдникъ, получившій въ наслѣдство извѣстное имущество, обязанъ, по волѣ завѣщателя, уплатить другому лицу (легатарію),—Сенатъ вынужденъ былъ дать отрицательный отвѣтъ. Признавъ отличіе легатарія отъ наслѣдника, Сенатъ предложилъ и конструкцію легата. «Завѣщатель, возлагая на наслѣдника обязанность произвести третьему лицу выдачу извѣстной суммы денегъ, какъ бы (!) заключаетъ договоръ съ наслѣдникомъ въ пользу третьяго лица». При несогласіи наслѣдника «договора нѣтъ—нѣтъ обязанности у наслѣдника, нѣтъ и права у легатарія». При согласіи наслѣдника, послѣдній, «дѣлается должникомъ легатарія, а послѣдній его кредиторомъ». Отсюда получается выводъ, что право легатарія «возникаетъ не ранѣе, какъ по вступленіи наслѣдника во владѣніе наслѣдствомъ» и что требованіе легатарія «можетъ

быть обращено только къ тому наслѣднику, на котораго возложена такая обязанность». Въ этихъ положеніяхъ обнаруживается, что Сенатъ призналъ легатъ, какъ преемство, стоящее рядомъ съ наслѣдованіемъ, но только въ видѣ обязательственнаго отказа. Ему остается сдѣлать еще одинъ шагъ, и, не поддаваясь германскому вліянію, признать и вещный отказъ.

IV. Непринятый отказъ. Если въ силу какихъ-либо обстоятельствъ отказъ не былъ пріобрѣтенъ отказополучателемъ, напр., по случаю смерти его до открытія наслѣдства, то судьба отказа можетъ быть различна. a) Завѣщатель, предвидя возможность такого случая, подназначаетъ другого отказополучателя, который и пріобрѣтаетъ право. b) При назначеніи нѣсколькихъ отказополучателей воля завѣщателя можетъ связать ихъ настолько тѣсно, что неосуществленіе права со стороны одного послужитъ на пользу остальныхъ. Здѣсь, слѣдовательно, будетъ имѣть мѣсто приращеніе отказной доли. Напр., завѣщатель назначилъ нѣсколькимъ лицамъ совмѣстно домъ; смерть одного изъ нихъ до открытія наслѣдства увеличитъ долю каждаго изъ оставшихся въ живыхъ отказополучателей. Завѣщатель, передавая все свое имущество законному сыну, обязываетъ послѣдняго къ уплатѣ 5.000 рублей внѣбрачнымъ дѣтямъ наслѣдодателя: если одинъ изъ послѣднихъ отречется отъ предоставленнаго ему права, то его доля поступитъ въ пользу прочихъ внѣбрачныхъ дѣтей. c) Наконецъ, при отсутствіи такой связи между отказополучателями, непринятіе отказа влечетъ за собою увеличеніе наслѣдственной доли наслѣдника. Неосуществленный отказъ поступаетъ по приращенію въ пользу наслѣдника, назначеннаго завѣщаніемъ, или, если такая связь не обнаруживается, то въ пользу наслѣдника по закону. Напр., завѣщатель обязываетъ своего наслѣдника уплатить извѣстному лицу тысячу рублей: при нежеланіи этого лица воспользоваться отказомъ, эта сумма остается за даннымъ наслѣдникомъ по завѣщанію. Иначе рѣшится вопросъ, если завѣщатель, минуя своего сына, оставляетъ все свое имущество дочери, назначаетъ своей племянницѣ пригородную дачу: при нежеланіи племянницы воспользоваться отказомъ, дача остается внѣ завѣщанія, и поступаетъ ко всѣмъ наслѣдникамъ по закону—сыну и дочери. Здѣсь обнаруживается различіе между обязательственнымъ и вещнымъ отказомъ.

V. Ограниченія отказовъ. Въ нашемъ законодательствѣ находятся нѣкоторыя ограниченія свободы завѣщателя

въ установленіи отказовъ. а) Завѣщая наслѣдникамъ благопріобрѣтенное имущество, завѣщатель можетъ обязать наслѣдниковъ къ неограниченнымъ отказамъ, но если отказъ состоитъ въ періодическихъ платежахъ, то назначеніе ихъ возможно только до смерти наслѣдника, его можно обязать къ денежнымъ выдачамъ только «на время его жизни». b) При завѣщаніи родовой недвижимости наслѣдники въ правѣ отказаться отъ исполненія сдѣланныхъ по тому имѣнію распоряженій, если они соединены «съ утратою изъ него большей или меньшей части» (т. X ч. 1 ст. 1086). Назначеніе отказа будетъ дѣйствительно, пока денежныя выдачи не выходятъ изъ границъ получаемыхъ съ того имѣнія доходовъ (кас. рѣш. 1899, № 11). За этими предѣлами отказъ теряетъ юридическую силу и для наслѣдниковъ необязателенъ. Только такой смыслъ и можно придать ст. 1086, потому что всякій отказъ, какъ бы ни былъ онъ незначителенъ, непремѣнно соединенъ съ утратою изъ имѣнія большей или меньшей части.

VI. Отвѣтственность отказополучателей. Такъ какъ отказъ предоставляетъ только право, но не возлагаетъ обязанности, то отказополучатель, въ противоположность наслѣднику, не несетъ отвѣтственности за долги наслѣдодателя. Слѣдовательно, если на имуществѣ послѣдняго лежатъ долги, то они всецѣло падаютъ на наслѣдниковъ, а не распредѣляются между наслѣдниками и отказополучателями. Практика наша держалась до сихъ поръ противоположнаго мнѣнія. Исходя изъ того взгляда, что легатаріи—соучастники въ наслѣдствѣ, Сенатъ полагалъ, что «отвѣтственность за долги наслѣдодателя распредѣляется между сонаслѣдниками пропорціонально полученной каждымъ долѣ наслѣдства. Въ этомъ отношеніи законъ не дѣлаетъ различія между наслѣдниками и легатаріями» (кас. рѣш. 1889, № 294). При этомъ, однако, упускается изъ виду, что легатаріи не имѣютъ никакой наслѣдственной доли, а только право на вещь или право требованія, такъ что распредѣленіе по долямъ невозможно. По этимъ соображеніямъ слѣдуетъ отвергнуть взглядъ практики и признать, что отказополучатели за долги наслѣдодателя не отвѣчаютъ до тѣхъ поръ, пока цѣнность имущества, перешедшаго къ наслѣдникамъ, еще достаточна для покрытія долговъ. Если же наслѣдуемаго имущества оказывается недостаточно, то къ отвѣтственности за долги наслѣдодателя привлекаются и отказополучатели. Но отвѣтственность ихъ существенно отличается отъ отвѣтствен-

ности наслѣдниковъ. Отвѣтственность отказополучателей характеризуется тѣмъ, 1) что она субсидіарна, т.-е. наступаетъ по обнаруженной несостоятельности наслѣдниковъ выполнить обязательства, лежащія на наслѣдственной массѣ, 2) что она ограничена предѣлами цѣнности полученнаго отказа и на собственное имущество отказополучателя распространяться не можетъ. Отсюда же видна неосновательность опасеній, будто отказы способны подорвать права кредиторовъ: отказополучатель можетъ пользоваться спокойно своимъ пріобрѣтеніемъ только послѣ того, какъ кредиторы наслѣдства получили полное удовлетвореніе.

Если отказополучателю назначено имѣніе или домъ, обремененные залогомъ, то погашеніе долга лежитъ не на наслѣдникѣ, а на самомъ отказополучателѣ, потому что право требованія, обезпеченное залогомъ, неразрывно съ нимъ связано.

§ 74.

Исполненіе завѣщанія.

Литература: Гольмстенъ, *О душеприказчикахъ* („Юрид. изсл. и статьи“, 1894, стр. 105—151); Гордонъ, *О представительствѣ въ гражданскомъ правѣ*, 1879; Любимовъ, *О душеприказчикахъ по русскому праву* (Юрид. Газ.“ 1900, №№ 22—28).

I. Понятіе о душеприказчичествѣ. Приведеніе въ исполненіе воли завѣщателя можетъ быть возложено на самихъ наслѣдниковъ (т. X ч. 1 ст. 1084 п. 2). Но такой порядокъ можетъ представлять нѣкоторыя неудобства: между наслѣдниками возможны ссоры, въ поспѣшномъ дѣлежѣ доставшагося имущества легко можетъ быть пренебрежена воля завѣщателя. Поэтому въ завѣщаніяхъ нерѣдко встрѣчаются назначенія особыхъ лицъ, такъ называемыхъ душеприказчиковъ, которымъ завѣщатель поручаетъ исполненіе его воли, выраженной имъ въ завѣщаніи. Институтъ душеприказчиковъ неизвѣстенъ былъ римскому праву, онъ составляетъ явленіе правового быта новыхъ народовъ, изъ которыхъ создались современныя европейскія государства. Французское право, впрочемъ, едва упоминаетъ о душеприказчикахъ, напротивъ, новое германское уложеніе даетъ весьма и даже излишне подробныя положенія о нихъ (§§ 2197— 2228). Въ Англіи душеприказчикъ составляетъ необходимую фигуру при всякомъ наслѣдованіи, если только

наслѣдство не состоитъ изъ одной лишь недвижимости. Душеприказчики извѣстны древнему русскому праву, хотя съ этимъ именемъ иногда соединялись различныя понятія. Въ настоящее время въ русскомъ законодательствѣ содержится только общее постановленіе о томъ, что завѣщанія исполняются душеприказчиками (т. X ч. 1 ст. 1084 п. 1) и еще нѣсколько частныхъ постановленій. Такимъ образомъ этотъ институтъ, имѣющій у насъ большое бытовое значеніе, остается безъ законодательнаго опредѣленія.

Душеприказчичество соединимо только съ такимъ представленіемъ о наслѣдованіи, по которому моментъ пріобрѣтенія права наслѣдованія отличается отъ момента вступленія наслѣдника во всѣ юридическія отношенія, составляющія въ совокупности наслѣдство. Съ точки зрѣнія теоріи, сливающей эти два момента, относящей къ открытію наслѣдства пріобрѣтеніе наслѣдникомъ правъ собственности и другихъ правъ, остается непонятнымъ, какимъ образомъ постороннее лицо, помимо собственника, распоряжается его вещами. Въ дѣйствительности, права душеприказчиковъ вполнѣ совмѣстимы съ наслѣдственными правами наслѣдниковъ, пока послѣдніе не стали субъектами всѣхъ правъ и обязанностей.

Юридическая природа душеприказчичества возбуждаетъ значительныя разногласія. Германское законодательство представляетъ себѣ душеприказчичество, какъ должность (Amt, § 2197, п. 2). Напротивъ, швецарское законодательство представляетъ себѣ душеприказчичество, какъ порученіе, (mandat, § 517). Однако, возбуждается вопросъ: если душеприказчичество соединено съ представительствомъ, основаннымъ на договорѣ, то представителемъ какого лица является душеприказчикъ?

По этому вопросу взгляды расходятся. а) Одни полагаютъ, что душеприказчики являются представителями наслѣдниковъ (Козакъ, Гирке). Однако такое представительство не имѣетъ основанія ни въ договорѣ, потому что между душеприказчиками и наслѣдниками не было соглашенія, ни въ законѣ, такъ какъ законъ не назначаетъ душеприказчиковъ, помимо воли завѣщателя. Притомъ съ представительствомъ наслѣдниковъ стоитъ въ противорѣчіи невозможность для представляемыхъ устранить представителя, а также возможность для душеприказчиковъ, слѣдуя волѣ завѣщателя, совершать дѣйствія, противныя интересамъ наслѣдниковъ, напр., вести противъ нихъ процессъ. b) Также несостоятельнымъ слѣдуетъ признать взглядъ,

по которому душеприказчикъ является представителемъ завѣщателя (Пляньоль, кас. рѣш. 1899, № 40),—взглядъ, общепринятый въ Англіи. Завѣщатель, какъ лицо, выбывшее изъ міра юридическихъ отношеній, въ представительствѣ не нуждается. Дѣйствіе довѣренности смертью довѣрителя прекращается (т. X ч. 1 ст. 2330), тогда какъ дѣятельность душеприказчика со смертью завѣщателя только открывается. с) Остается признать, что душеприказчикъ является представителемъ самого наслѣдства, какъ юридическаго лица, которое продолжаетъ свое существованіе до выполненія душеприказчикомъ даннаго ему порученія (Гельвигъ, Киппъ). То обстоятельство, что душеприказчикъ является представителемъ наслѣдственной массы по волѣ завѣщателя, нисколько дѣла не измѣняетъ: опекунъ надъ малолѣтними является несомнѣнно ихъ представителемъ, хотя онъ можетъ быть назначенъ завѣщателемъ. Въ послѣднее время Сенатъ призналъ, что душеприказчики не могутъ быть признаваемы представителями ни завѣщателя, ни наслѣдниковъ по закону (кас. рѣш. 1908, № 90). Отсюда можно было ожидать правильнаго вывода, что душеприказчики являются представителями наслѣдственной массы. Но Сенатъ совершенно отрицаетъ за ними представительство,—душеприказчики «только исполнители воли завѣщателя». Такая конструкція не можетъ быть принята потому, что если душеприказчики не субъекты правъ и не представители субъектовъ, то непонятно, въ качествѣ кого они управляютъ и распоряжаются чужимъ имуществомъ, предъявляютъ иски?

II. Назначеніе душеприказчиковъ. Душеприказчиками могутъ быть назначены или постороннія лица или одинъ изъ наслѣдниковъ. Въ послѣднемъ случаѣ наслѣдникъ выступаетъ только въ качествѣ душеприказчика, хотя наша практика полагаетъ, что эти два понятія взаимно другъ друга исключаютъ (кас. рѣш. 1876, № 205). Однако, этотъ взглядъ основывается не на теоретическомъ соображеніи, а на едва ли правильномъ толкованіи русскаго законодательства. Можно назначить одного или нѣсколькихъ душеприказчиковъ. На случай отказа или смерти душеприказчика завѣщатель можетъ подназначить другого душеприказчика. Отъ душеприказчика, какъ представителя, требуется, въ моментъ принятія имъ на себя обязанности, наличность право- и дѣеспособности. Въ нашемъ законодательствѣ содержится устраненіе отъ обязанностей душеприказчичества лицъ, служащихъ въ карантинныхъ учре-

жденіяхъ, если они назначены лицами, выдерживающими карантинъ, и притомъ въ завѣщаніи, составленномъ въ это именно время (т. X ч. 1 ст. 1085). Душеприказчиками не могутъ быть назначаемы лица, подписавшіяся въ качествѣ свидѣтелей подъ завѣщаніемъ (т. X ч. 1 ст. 1054, п. 3). Нарушеніе этого правила можетъ повлечь за собою опроверженіе завѣщанія, а съ нимъ вмѣстѣ и назначенія душеприказчиковъ. Если бы это обстоятельство не подорвало силы завѣщанія, напр., когда остальныхъ свидѣтелей достаточно для дѣйствительности завѣщанія, то оно не оказываетъ никакого вліянія на назначеніе душеприказчиковъ. Едва ли можно отвергать допустимость назначенія юридическаго лица въ качествѣ душеприказчика. Со стороны нашего законодательства препятствій нѣтъ, а теоретически трудно найти возраженія. По крайней мѣрѣ въ германской литературѣ этотъ вопросъ рѣшается утвердительно (Штрогаль, Киппъ).

Назначеніе душеприказчиковъ составляетъ одно изъ завѣщательныхъ распоряженій. Поэтому оно должно быть облечено въ завѣщательную форму. Это не значитъ, чтобы предложеніе принять на себя обязанности душеприказчика должно было быть непремѣнно включено въ то самое завѣщаніе, въ которомъ помѣщено распоряженіе имуществомъ наслѣдодателя. Оно можетъ найти себѣ мѣсто въ другомъ актѣ, но только удовлетворяющемъ формальнымъ требованіямъ завѣщанія. Такъ, напр., въ главномъ завѣщаніи можетъ быть указано лицо и сдѣлана ссылка на данное ему въ другомъ актѣ порученіе, или, наоборотъ, въ главномъ завѣщаніи можетъ быть очерченъ кругъ дѣйствій для исполненія воли завѣщателя, а въ особомъ актѣ указано лицо, назначаемое душеприказчикомъ. Но ссылка на неформальный актъ или тѣмъ болѣе на словесное порученіе должна быть признана не влекущею предполагаемыхъ послѣдствій.

Во Франціи и въ Англіи душеприказчики выполняютъ свою обязанность безвозмездно, и законъ не даетъ имъ права требовать себѣ вознагражденія. Только германскій кодексъ разрѣшаетъ душеприказчику требовать соразмѣрнаго вознагражденія за свой трудъ, если только завѣщатель не исключилъ въ завѣщаніи возмездности (§ 2221),—постановленіе особенно странное въ законодательствѣ, которое устраняетъ возмездность изъ обыкновеннаго договора порученія (§ 662). Въ русской жизни сложился взглядъ, что принятіе на себя обязанностей душе-

приказчика составляетъ актъ нравственнаго долга, выраженія дружескихъ отношеній. Исходя изъ этой бытовой точки зрѣнія, мы должны признать, что душеприказчикъ не имѣетъ права требовать вознагражденія отъ наслѣдниковъ или отчислить его себѣ изъ наслѣдственной массы, если только завѣщатель не назначилъ ему самъ вознагражденія по завѣщательному акту.

III. Отношеніе къ наслѣдству. Являясь представителемъ наслѣдственной массы, душеприказчикъ, для исполненія воли завѣщателя, долженъ принять оставшееся имущество въ свое завѣдываніе, но не во владѣніе, какъ ошибочно выражается наша практика, потому что душеприказчикъ распоряжается имъ не въ видѣ собственности, не отъ своего имени. Никто не можетъ быть принужденъ къ принятію предложенія объ исполненіи обязанности душеприказчика, но, къ сожалѣнію, нашъ законъ не указываетъ, въ теченіе какого срока можетъ лицо, предложенное по завѣщанію къ исполненію обязанности душеприказчика, размышлять о томъ, принять ли ему ее или отказаться, и нѣтъ никакихъ средствъ побужденія къ скорѣйшему рѣшенію. Душеприказчикъ вступаетъ въ завѣдываніе имуществомъ послѣ изъявленія своего согласія. Однако, этотъ моментъ ускользаетъ при принятомъ въ нашей практикѣ порядкѣ. У насъ утвержденіе завѣщанія къ исполненію включаетъ въ себѣ уже и утвержденіе душеприказчика, все равно, выразилъ ли онъ уже свое согласіе или же нѣтъ. Въ послѣднемъ случаѣ утвержденіе завѣщанія относительно назначенія душеприказчика имѣетъ условное значеніе,—если согласится то лицо, къ которому обращено предложеніе.

Вслѣдъ за утвержденіемъ слѣдуетъ принятіе имущества въ свое завѣдываніе. Если до этого были произведены уже охранительныя мѣры, то онѣ снимаются въ виду лица, къ которому имущество переходитъ (кас. рѣш. 1869, № 612). Душеприказчику слѣдуетъ во всякомъ случаѣ принимать имущество не иначе, какъ по описи, потому что впослѣдствіи могутъ возникнуть пререканія о составѣ имущества, при представленіи отчета наслѣдникамъ.

Душеприказчикъ при исполненіи возложеннаго на него порученія долженъ руководствоваться волею завѣщателя. Онъ обязанъ передать имущество наслѣдникамъ въ томъ составѣ и въ той долѣ, какъ это было указано ему завѣщателемъ. Онъ долженъ распредѣлить тѣ денежныя выдачи, пожертвованія, для точнаго выполненія которыхъ чаще всего устанавливается душе-

приказчичество. Въ отношеніи денежныхъ выдачъ или пожертвованій завѣщатель можетъ предоставить душеприказчику бо́льшую или меньшую свободу усмотрѣнія. Въ завѣщаніи могутъ быть точно перечислены всѣ подобныя назначенія, или же можетъ быть опредѣлена предѣльная сумма съ указаніемъ лишь въ общихъ чертахъ ихъ назначенія, напр., на учебныя заведенія, на церкви. Но эта свобода усмотрѣнія не можетъ идти такъ далеко, чтобы душеприказчику предоставлено было распоряженіе всѣмъ имуществомъ по усмотрѣнію, самый выборъ наслѣдника. Въ этомъ случаѣ душеприказчикъ сталъ бы самъ наслѣдникомъ, собственникомъ. Если наслѣдникъ не указанъ прямо въ завѣщаніи, то наслѣдство поступаетъ къ наслѣдникамъ по закону и душеприказчикъ совершенно устраняется.

Завѣщатель въ правѣ возложить на душеприказчиковъ принятіе мѣръ къ продажѣ недвижимости съ цѣлью уплаты сдѣланныхъ завѣщателемъ отказовъ (кас. рѣш. 1905, № 8). Замѣтимъ, что право душеприказчика продавать вещи, принадлежащія къ составу наслѣдства, предоставленное ему по завѣщанію, совершенно не согласуется съ конструкціей, будто наслѣдники становятся собственниками съ момента открытія наслѣдства, такъ какъ съ этой точки зрѣнія душеприказчики продавали бы чужія вещи безъ полномочія со стороны собственниковъ.

IV. Отношеніе къ контрагентамъ завѣщателя. Въ завѣщаніи душеприказчику поручается обыкновенно уплатить долги наслѣдодателя и взыскать съ должниковъ послѣдняго. Такое право должно быть признано за душеприказчикомъ и помимо воли завѣщателя, прямо выраженной, потому что оно вытекаетъ изъ цѣли даннаго ему порученія. Недостатокъ завѣщательнаго распоряженія восполняется у насъ закономъ: душеприказчики имѣютъ право производить иски по всѣмъ тѣмъ предметамъ, по которымъ, въ силу завѣщанія, такое право принадлежитъ имъ, или по которымъ искъ оказывается необходимымъ для исполненія возложенныхъ на нихъ завѣщателемъ распоряженій (уст. гражд. суд. ст. 25). Такъ, напр., возможно, что для производства всѣхъ указанныхъ выдачъ недостаетъ наличныхъ суммъ, а между тѣмъ существуютъ должники завѣщателя. Съ своей стороны кредиторы могутъ обращаться непосредственно къ душеприказчикамъ, потому что законъ предоставляетъ имъ обращаться съ искомъ къ лицу умершаго соб-

ственника, т.-е. къ самому наслѣдству, представителемъ котораго является душеприказчикъ.

V. Отношеніе къ наслѣдникамъ и отказчикамъ. Въ этомъ отношеніи представляется болѣе всего чувствительнымъ существующій въ нашемъ законодательствѣ пробѣлъ по вопросу о душеприказчикахъ. Завѣдываніе душеприказчика должно быть, очевидно, только временнымъ и должно уступить правамъ наслѣдниковъ на имущество. Однако, при недостаткѣ законодательныхъ опредѣленій, душеприказчикъ ничѣмъ не побуждается къ скорѣйшему выполненію воли завѣщателя, если ему не указанъ срокъ въ самомъ завѣщаніи. Нѣтъ также никакихъ обезпеченій въ точномъ исполненіи со стороны душеприказчика возложенныхъ на него порученій. Законъ не устанавливаетъ средствъ и порядка контроля наслѣдниковъ надъ душеприказчикомъ.

Практика наша разъяснила, что наслѣдники въ правѣ потребовать у душеприказчика отчета въ его дѣйствіяхъ, и завѣщатель не въ состояніи освободить его отъ этой обязанности (кас. рѣш. 1878, № 263). Однако, вопросъ остается открытымъ, когда наслѣдники могутъ потребовать отчета, въ случаѣ ли обнаруженнаго злоупотребленія или въ предупрежденіе его, какими средствами располагаютъ они для побужденія душеприказчика къ исполненію принятыхъ на себя обязанностей. Тотъ же вопросъ возникаетъ относительно лицъ, которымъ по завѣщанію предоставлены отказы. Учрежденія, въ пользу которыхъ содержатся въ завѣщаніи пожертвованія, имѣютъ надзоръ за исполненіемъ завѣщанія (т. X ч. 1 ст. 1091), но остается невыясненнымъ, въ чемъ онъ состоитъ. Легатаріи, знающіе о содержаніи завѣщанія, могутъ обратиться съ искомъ къ душеприказчикамъ тотчасъ по вступленіи послѣднихъ въ отправленіе своихъ обязанностей. Иски, на завѣщаніи основанные, предъявляются, по общимъ правиламъ о подсудности, къ тому лицу, душеприказчику или наслѣднику, на обязанность котораго возложено исполненіе завѣщательныхъ распоряженій (уст. гражд. суд. ст. 24). Съ этой стороны положеніе легатаріевъ лучше положенія наслѣдниковъ.

Во всякомъ случаѣ душеприказчики несутъ имущественную отвѣтственность за неточное исполненіе ими порученія, если уклоненіе отъ завѣщательной воли причинило ущербъ интересамъ наслѣдниковъ, которые въ правѣ привлекать ихъ къ отвѣту. Въ нашемъ законодательствѣ нѣтъ и намека на ту охрану инте-

ресовъ наслѣдниковъ, какую даетъ германское право, по которому судъ, вѣдающій наслѣдственное дѣло, можетъ по просьбѣ заинтересованнаго лица устранить душеприказчика, если находятся уважительныя къ тому основанія (§ 2227). Возможно, что душеприказчики, злоупотребляя оказаннымъ имъ довѣріемъ, продадутъ или заложатъ вещи, входившія въ составъ наслѣдства. По мнѣнію практики, такія сдѣлки недѣйствительны, и наслѣдникъ въ правѣ обратиться съ искомъ непосредственно къ покупщику (кас. рѣш. 1871, № 1264). Такой взглядъ слѣдуетъ признать неправильнымъ. Во время завѣдыванія имуществомъ со стороны душеприказчиковъ наслѣдники не имѣютъ еще права собственности на вещи, принадлежавшія наслѣдодателю, а потому отчужденіе ихъ со стороны представителя наслѣдственной массы является юридически правильнымъ. Притомъ третьи лица не могутъ и не обязаны знать, входитъ ли въ порученіе душеприказчика продажа или залогъ данной вещи, такъ какъ подобное право весьма часто встрѣчается въ цѣляхъ распредѣленія денегъ. На завѣщателѣ лежитъ вина въ выборѣ лица, оказавшагося не на высотѣ оказаннаго ему довѣрія, а интересы третьихъ лицъ не должны отъ того страдать.

АЛФАВИТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ.

Абсолютный. Абсолютное право—79, 217; виды абсолютныхъ правъ—79, 217; абсолютный характеръ права собственности—259; абсолютный характеръ правъ личной власти—677; абсолютный характеръ исключительныхъ правъ—410.

Абстрактный. Абстрактныя обязательства—512.

Австрія. Австрійское гражданское уложеніе—35.

Авторскій. Понятіе объ авторскомъ правѣ — 413; субъектъ — 413; объектъ—414; возникновеніе—414; содержаніе авт. права—417; переходъ—418; прекращеніе—419; нарушеніе—421, 667; авт. пр. на періодическія изданія—421; на худож. произведенія—424; на музыкальныя произведенія—428.

Активный. Активный субъектъ юридическаго отношенія — 78; активъ имущества — 148; перемѣна активнаго субъекта въ обязательствахъ—475; пассивнаго—477; легатарій можетъ быть только активнымъ субъектомъ—899.

Акты. Акты гражданскаго состоянія — 96; перечисленіе крѣпостныхъ актовъ—189; акты брачнаго состоянія—694—695; у старообрядцевъ и сектантовъ—697—698.

Акціонерный. Акціонерное товарищество—637.

Акція. Акція — движимость — 152; акція въ формѣ бумаги на предъявителя—452.

Алименты. Юридическая природа—74; въ семейныхъ правахъ—676; право жены на содержаніе отъ мужа—726; право родителей на содержаніе отъ дѣтей—753; право на содержаніе отъ родственниковъ—763.

Альтернативный. Альтернативныя обязательства—459; невозможность исполненія при альтернативномъ обязательствѣ—460; отличіе отъ факультативнаго обязательства—461.

Аналогія. Аналогія права—71; аналогическое толкованіе—70.

Англія. Развитіе англійскаго права—38; особенности англійскаго судопроизводства—39; статутное право въ А.—39; common law—40; брачный договоръ—716; разводъ—702; отношенія между супругами — 716; фидеикомиссы—820.

Аренда. Нераздѣльность аренды—163.

Арендаторъ. Владѣніе арендатора не защищается—241, 251; обезпеченіе интересовъ арендатора при экспропріаціи—333; обязанности арендатора—587.

Арестъ. Движимости по исполнит. листу—326; невозможность продажи вещей, находящихся подъ арестомъ—527.

Архимандритъ. Завѣщаніе архимандрита—808.

Архіерей. Завѣщаніе архіерея — 808.

Аукціонъ. Продажа движимости съ аукціона—326; продажа съ аукціона залога—398—400.

Банкъ. Залогъ недвижимости въ банкѣ—404.

Безбрачіе. Осужденіе на безбрачіе, какъ препятствіе къ браку—687; осужденіе на безбрачіе, какъ послѣдствіе расторженія брака—706.

Безвѣстное отсутствіе. Понятіе—89; удостовѣреніе безвѣстнаго отсутствія—89, 707; послѣдствія безвѣстнаго отсутствія—90; расторженіе брака по безвѣстному отсутствію—707; безвѣстное отсутствіе открываетъ наслѣдство—791.

Безмездность. Безмездныя сдѣлки—178; безмездность договора ссуды—578; безмездность договора довѣренности—616.

Безспорность. Безспорное владѣніе, какъ условіе пріобрѣтенія права собственности по давности—296.

Безсрочный. Исчисленіе давности по безсрочнымъ обязательствамъ—210; отвѣтственность наслѣдниковъ по безсрочнымъ обязательствамъ—895.

Безхозяйный. Безхозяйныя вещи, какъ предметъ завладѣнія—304; выморочное имущество, какъ совокупность безхозяйныхъ вещей—863.

Берегъ. Бечевникъ по берегу рѣки—278; морскіе берега—279; примычки плотины къ чужому берегу—368.

Бечевникъ. Понятіе о бечевникѣ—278; бечевники естественные и искусственные 278;

Благопріобрѣтенный. Отличіе благопріобрѣтеннаго отъ родового—153; благопріобрѣтенное при боковомъ наслѣдованіи идетъ всегда въ родъ отца—845; право родителей пользоваться благопріобрѣтеннымъ отъ дѣтей, умершихъ безъ потомства—857; выдѣлъ указной части изъ благопріобрѣтеннаго у тестя или свекра—861; выдѣлъ изъ благопріобрѣтеннаго—751; усыновленные наслѣдуютъ только въ благопріобрѣтенномъ—748.

Боковой. Понятіе о боковой линіи—761; наслѣдованіе по боковой линіи—852; право представленія въ боковой линіи—854.

Бобровые гоны—368.

Бортныя ухожья—368.

Болѣзнь. Душевная болѣзнь—110, 661, 774; глухонѣмота—112; неспособность къ брачному сожительству—705.

Бракъ. Юридическое понятіе о бракѣ—678; мѣсто брака въ системѣ права—6; исторія брака въ Россіи—680; брачный возрастъ—683; двоебрачіе—686; духовный санъ и монашество, какъ препятствіе къ браку—687; различіе вѣроисповѣданій—687; осужденіе на безбрачіе—687; родство и свойство—688; согласіе родителей—692; разрѣшеніе начальства—692; совершеніе брака—693; подготовительныя дѣйствія и оглашеніе—694; форма брака—695; гражданскій бракъ—695; бракъ старообрядцевъ—697; прекращеніе брака—699; недѣйствительность брака—685; дѣти отъ такого брака—74; брачные документы—694.

Брандмауеръ. Права его постановки—281.

Братья. Братья родные, единокровные и единоутробные—761, 762.

Брачный договоръ. Брачный договоръ во Франціи—714; въ Германіи—715; въ Англіи—716.

Бумаги на предъявителя. Понятіе о бумагахъ на предъявителя—450; виндикація бумагъ на предъявителя—452.

Вводъ во владѣніе. Порядокъ ввода во владѣніе—292, необходимость ввода во владѣніе для пріобрѣтенія права собственности—288; необходимость ввода во владѣніе для наслѣдниковъ—878.

Вдовый. Срокъ вдовства, какъ препятствіе къ новому браку—741; право вдоваго супруга требовать выдѣла отъ тестя или свекра—861; вдовьи завѣщанія—834.

Вексель. Вексель, какъ движимость—152; право жены обязываться по векселямъ—724.

Вещный. Понятіе о вещномъ правѣ—217; характерные признаки вещнаго права 218; виды вещныхъ правъ—221; залоговое право есть вещное право на чужую вещь—384; историческое отношеніе между вещными и обязательственными правами—448.

Вещь. Виды вещей: движимыя и недвижимыя—149; родовыя и благопріобрѣтенныя—153; раздѣльныя и нераздѣльныя—161; главныя и принадлежностныя—164; потребляемыя и непотребляемыя—168; замѣнимыя и незамѣнимыя—170; тлѣнныя и нетлѣнныя—170; вещи внѣ оборота—170; совокупность вещей—178; потерянная вещь—312; вещи, способныя быть объектомъ давности—299; вещи, на которыя не распространяется давность—300; будущая вещь, какъ предметъ сдѣлки—537, 541.

Вина. Наличность вины при гражданскомъ правонарушеніи—645; доказываніе вины—649; вина просрочки—470.

Виндикація. Ограниченіе виндикаціи по современнымъ законодательствамъ и по русскому праву—225; виндикація бумагъ на предъявителя—452.

Владѣніе. Опредѣленіе владѣнія—235; владѣніе по германскому праву и французскому кодексу—237; историческое отношеніе владѣнія къ праву собственности—241; виды владѣнія—242; возникновеніе и прекращеніе владѣнія—245; юридическая природа—239; владѣніе черезъ представителя—248; защита владѣнія—248; охрана добросовѣстнаго владѣльца противъ собственника—253; владѣніе добросовѣстное и недобросовѣстное—256, 257; отвѣтственность за владѣніе передъ собственникомъ—258; нарушеніе владѣнія—239; владѣніе, какъ элементъ права собственности — 261; вводъ во владѣніе—292; давность владѣнія, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—293; владѣніе при общей собственности—338; искъ совладѣльца къ совладѣльцу о защитѣ владѣнія—338.

Власть. Понятіе о правахъ личной власти—676; власть мужа надъ женою—722; власть, какъ элементъ права собственности — 261; родительская власть—729.

Внѣбрачный. Внѣбрачныя дѣти—755; узаконеніе внѣбрачныхъ дѣтей—742.

Вода. Право на текучую воду—265; обязанность спускать воду—280; обязанность не поднимать воды—281; перерѣзъ водяной жилы—266.

Водяныя сообщенія. Ограниченіе права собственности въ интересахъ водяного сообщенія—277.

Военногоспитальныя завѣщанія—831.

Военно-морскія завѣщанія—831.

Военно-походныя завѣщанія—831.

Возвращеніе. Возвращеніе владѣнія—252; случаи возвращенія дара—558.

Вознагражденіе. Вознагражденіе при экспропріаціи—330; вознагражденіе при наймѣ—582, 588, 597, 602; вознагражденіе при довѣренности—616, 620; вознагражденіе при поклажѣ—625.

Возникновеніе. Возникновеніе владѣнія—245; авторскаго права—414.

Возрастъ. Дѣеспособность въ зависимости отъ возраста—102; брачный возрастъ—683.

Воля. Мотивы воли при совершеніи сдѣлки—179; выраженіе воли при сдѣлкахъ—176; чья воля выражается въ представительствѣ—200; воля сторонъ въ договорѣ—503; воля завѣщателя—800; выраженіе воли въ принятіи наслѣдства—871.

Восходящіе. Наслѣдованіе восходящихъ родственниковъ—855.

Вотчина. Понятіе о вотчинѣ—270; вотчинное право—221.

Временно-заповѣдныя имѣнія—161.

Врученіе. Врученіе движимости—293.

Въѣздъ. Право въѣзда въ лѣсъ—367; право въѣзда въ лѣсъ священнослужителей и причетниковъ—364.

Выдѣлъ. Выдѣлъ изъ общей собственности—340; выдѣлъ изъ общинной собственности—354; выдѣлъ лѣсного участка при правѣ въѣзда—366; выдѣлъ дѣтямъ изъ имущества родителей—748; выдѣлъ указной части изъ имущества тестя или свекра—861.

Вызовъ. Вызовъ пріемщиковъ поклажи—631; вызовъ покладчиковъ—631; вызовъ наслѣдниковъ—797.

Выкупъ. Выкупъ родового имѣнія отъ чужеродцевъ—159, 762.

Выморочное. Понятіе о выморочномъ имуществѣ—863; судьба выморочнаго имущества—864.

Выстройка. Наемъ изъ выстройки—583.

Вѣритель. См. кредиторъ.

Вѣроисповѣданіе. Вліяніе вѣроисповѣданія на дѣеспособность—128, 129; вѣроисповѣданіе, какъ препятствіе къ браку—687.

Германія. Сборникъ законовъ германскихъ племенъ (leges barbarorum)—29, 33; германское право феодальной эпохи—34; сборники XIII вѣка—34; кодексы XVIII и XIX вв.—35; новое германское гражданское уложеніе—37; дѣйствіе законовъ по времени въ Германіи—56; ипотечныя книги въ Германіи—233; владѣніе по германскому праву—237; передача по германскому праву—287; личныя и имущественныя

отношенія между супругами—711—714; организація опеки въ Германіи—766; законная доля наслѣдниковъ—815, 816; форма завѣщанія—824; порядокъ законнаго наслѣдованія—843; бракъ въ Германіи—696; разводъ въ Германіи—701.

Главный. Главныя вещи — 164; главные и дополнительные договоры—514.

Глухонѣмой. Ограниченіе дѣеспособности глухонѣмыхъ—112; учрежденіе опеки надъ глухонѣмыми—772.

Гоны бобровые—368.

Городъ. Городъ, какъ юридическое лицо—138; городская земля—173; городскія улицы и площади—173.

Гостиница. Находка въ гостиницѣ—312; поклажа въ гостиницѣ—633.

Гражданскій. Опредѣленіе гражданскаго права—5; различіе между правомъ гражданскимъ и публичнымъ—1—5; имущественный характеръ гражданскаго права—6; историческое направленіе гражд. права—8; догматическое направленіе—10; соціологическое направленіе—14; критическое направленіе—15; исторія гражданскаго законодательства на Западѣ—23; источники русскаго гражд. права—40; акты гражданскаго состоянія—96; гражданскій бракъ—695; въ Англіи, Голландіи и Франціи—696; гражданскій бракъ старообрядцевъ—697.

Граммофоны—437.

Давность. Понятіе о давности—206; основаніе давности—207; давность для опроверженія сдѣлокъ вынужденныхъ—180; исковая давность—187, 209; какія права не подлежатъ давности—209; начальный моментъ теченія давности—210; пріостановка давности—211; перерывъ давности—212; сроки давности—213; дѣйствіе исковой давности—215; пріобрѣтеніе права собственности по давности владѣнія—293; на какія вещи не распространяется давность — 300; установленіе сервитутовъ по давности—365; давность, какъ способъ прекращенія обязательствъ—500; давность для опроверженія законности рожденія—739; указная часть не подлежитъ давности—859; давность для представленія завѣщанія къ утвержденію—878.

Данная. Данная на недвижимость, пріобрѣтенную по давности владѣнія—302; по публичному торгу—327.

Дареніе. Понятіе о дареніи—554; совершеніе договора даренія—556; форма даренія—557; возвращеніе дара—558.

Дача. Отдача недвижимостей подъ устройство дачи—584.

Движимость. Отличіе движимости отъ недвижимости—150; можетъ ли движимость быть предметомъ защиты владѣнія—249; передача движимости для пріобрѣтенія права собственности—285; приращеніе движимости къ недвижимости — 320; движимости къ движимости—321; продажа движимости съ аукціона—326; движимость—не родовое имущество—155; наслѣдственная доля жены въ движимости—860; дочери—851; охранительныя мѣры для наслѣдства, состоящаго изъ движимости—795; предметомъ поклажи можетъ быть только движимость — 624; возможность мѣны движимости на недвижимость—544.

Двоебрачіе. Двоебрачіе, какъ поводъ къ разводу—705; какъ препятствіе къ браку—687.

Дворъ. Дворъ, какъ нераздѣльная вещь—162, 892; крестьянскій дворъ—356.

Дворянинъ. Особенности въ дѣеспособности—130; привилегія дворянъ учреждать заповѣдныя имѣнія — 130; дворянская опека—773.

Держаніе. Понятіе о держаніи и отличіе его отъ владѣнія—236; держаніе не охраняется въ порядкѣ владѣнія—250; продолжительное держаніе не превращается въ право собственности—295.

Добросовѣстный. Понятіе о добросовѣстномъ владѣніи—243; отвѣтственность добросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ—258; передъ законнымъ наслѣдникомъ—886.

Довѣренность. Понятіе о довѣренности — 614; отличіе отъ личнаго найма и коммиссіи—615; безмездность договора довѣренности—616; совершеніе договора—617; форма довѣренности—618; обязанности довѣреннаго—619; обязанности довѣрителя—620; прекращеніе договора—621; право передовѣрія—619.

Догматика. Догматическое направленіе въ наукѣ гражданскаго права—10.

Договоръ. Понятіе о договорѣ—502; договоръ, какъ основаніе обязательства—446; общественное значеніе

договора—507; виды договоровъ—510; договоры возмездные и безмездные—511; обоснованные и абстрактные—512; главные и дополнительные—514; договоръ между отсутствующими контрагентами—516; договоры въ пользу третьихъ лицъ—518; толкованіе договоровъ—521; классификація договоровъ—522; договоръ купли-продажи — 524; брачный договоръ—714—716; наслѣдственный договоръ—784.

Доля. Долевое обязательство—453, 453; распредѣленіе завѣщаннаго имущества, если не указана точно доля каждаго наслѣдника — наслѣдственная доля для дѣтей: сыновей и дочерей—851; по праву представленія—847; законная доля при наслѣдованіи — 789; наслѣдственная доля супруга—789, 860; отвѣтственность наслѣдниковъ пропорціональна долѣ каждаго—896.

Домъ. Недѣлимость дома—163.

Дорога. Дорога въ общемъ пользованіи—172; право участія общаго въ дорогахъ—275; дороги желѣзныя—282, 656, 658, 163.

Доходъ. Вознагражденіе опекуновъ изъ доходовъ—781.

Дочь. Ея доля въ наслѣдствѣ—850, 851.

Душевно-больной. Ограниченіе дѣеспособности — 110; недѣйствительность брака душевно-больного — 678, 710; разводъ вслѣдствіе душевной болѣзни—702; завѣщаніе душевно-больного—804.

Душеприказчикъ. Понятіе о душеприказчикѣ — 907; юридическая природа душеприказчичества—908; назначеніе душеприказчиковъ—909; отношеніе душеприказчиковъ къ наслѣдству—911; къ контрагентамъ завѣщателя—912; къ наслѣдникамъ и отказчикамъ—913.

Дѣвица. Обезображеніе лица дѣвицы—664.

Дѣеспособность. Общее понятіе—86; вліяніе на дѣеспособность возраста—102; пола—108; здоровья—110; разстройства имущества — 113; ограниченіе дѣеспособности за расточительность — 113 и при несостоятельности—115; дѣеспособность юридическаго лица—141; дѣеспособность, требуемая отъ представителя—202; дѣеспособность завѣщателя—805; дѣеспособность не необходима для принятія наслѣдства—871.

Дѣйствіе. Юридическое дѣйствіе—79, 175; дѣйствіе, какъ содержаніе обязательства—440; недозволенныя дѣйствія—641.

Дѣти—единокровныя и единоутробныя—762; внѣбрачныя—755; узаконеніе внѣбрачныхъ дѣтей—742; усыновленіе дѣтей—745.

Евреи. Ограниченіе евреевъ въ правѣ пріобрѣтать недвижимости—125; отношеніе мастеровъ евреевъ къ христіанамъ-ученикамъ—129; завѣщаніе въ пользу евреевъ—126; расторженіе брака іудеевъ въ случаѣ обращенія одного изъ супруговъ въ христіанство—711; ограниченіе въ правѣ усыновленія—746.

Единокровные. Понятіе о единокровныхъ братьяхъ и сестрахъ—762; особенности въ наслѣдованіи—855.

Единоутробные. Понятіе о единоутробныхъ братьяхъ и сестрахъ—762; особенность въ наслѣдованіи—855.

Желобовина. Значеніе желобовины при обнаженіи дна рѣки—319.

Желѣзныя дороги. Нераздѣльность жел. дорогъ—163; ограниченіе сосѣдей жел. дорогъ—282; отвѣтственность жел. дорогъ—656, 658.

Жена. Право жены на фамилію мужа—721; право жены на сословность мужа—720; право жены на содержаніе—726; право жены на паспортъ—723.

Женщина. Ограниченіе дѣеспособности женщины—108; положеніе замужней женщины на западѣ—711; наслѣдованіе женщины—851.

Животныя. Завладѣніе дикими животными—304; вредъ, причиненный животными—665.

Жительство. Совмѣстное жительство—721; мѣсто жительства дѣтей—734.

Заблужденіе. Заблужденіе, какъ мотивъ сдѣлки—181; заблужденіе фактическое и юридическое—181, 182.

Заводъ. Заводъ, какъ нераздѣльное имущество—162; залогъ залога (перезалогъ)—391; залогъ завода—392.

Завѣщаніе. Понятіе о завѣщаніи—800; способность къ составленію завѣщаній—804; способность къ пріобрѣтенію наслѣдства по завѣщанію—

809; содержаніе завѣщанія—814; субституція—820; завѣщанія условныя и срочныя—821; незаконныя и невозможныя условія въ завѣщаніи—822; форма завѣщанія—823; нотаріальныя завѣщанія—825; домашнія завѣщанія—826; мѣры къ предупрежденію обмана и подлога завѣщанія—829; военно-походныя, военно-морскія и военно-госпитальныя завѣщанія—831; заграничныя завѣщанія—832; крестьянскія завѣщанія—833; вдовьи завѣщанія—834; отмѣна и измѣненіе завѣщанія—835; недѣйствительность завѣщаній—837; храненіе завѣщанія—837; утвержденіе завѣщаній—877; завѣщательный отказъ—898; исполненіе завѣщаній черезъ душеприказчика—907.

Задатокъ. Значеніе его—480; понятіе о немъ—481; задатокъ при запродажѣ—539; запродажная запись—538; задаточная росписка—539.

Заемъ. Опредѣленіе договора займа—544; недѣйствительность безденежнаго займа—547; заключеніе договора займа—548; заемъ для игры и по игрѣ—548, 549; форма договора займа—549; проценты при займѣ—550; передача заемныхъ писемъ—552; исполненіе по заемному обязательству—553; платежная росписка—553; заемъ при подрядѣ у казны—614.

Закладная. Совершеніе закладной—394; передача закладной—399.

Закладъ. Понятіе о закладѣ—394; подробнѣе см. залогъ.

Законный. Законное владѣніе—242; законное рожденіе—738; законная доля въ наслѣдованіи—815.

Законъ. Опредѣленіе—49; виды законовъ—50, 51; мѣстные законы—53; спеціальные законы—55; особенные законы—55; дѣйствіе законовъ въ отношеніи времени—56; дѣйствіе законовъ въ отношеніи мѣста—59; примѣненіе законовъ—63; низшая критика законовъ—64; высшая критика законовъ—65; толкованіе законовъ аутентическое—66; научно-судебное—66; ограничительное—68; распространительное—68; грамматическое—69; логическое—69; историческое—70; систематическое—70; аналогическое—70 и кассаціонное—72; законъ, какъ предполагаемая воля наслѣдодателя—840.

Залогодатель. Кто можетъ быть залогодателемъ—389; права залогодателя—397; залогодатель не отвѣчаетъ за недостающую цѣнность—401.

Залогодержатель. Кто можетъ быть залогодержателемъ—389; права залогодержателя—398; залогодержатель не имѣетъ права на остальное имущество залогодателя—401; залогодержатель не можетъ обезцѣнить залогъ—398.

Залогъ. Понятіе о залогѣ—383; залогъ, какъ дополнительное отношеніе—385; исторія залогового права—385; установленіе залогового права—389; субъекты залогового права—389; объектъ залога—390; послѣдовательные залоги (залогъ залога)—391; основаніе залогового права—392; форма залога—394; залогъ недвижимости—394; движимости—394; дѣйствіе залогового права—397; передача закладныхъ—399; продажа заложенныхъ вещей—400; обращеніе взысканія на остальное имущество должника—401; особые виды залога—404; въ кредитныхъ установленіяхъ—404; въ ссудныхъ кассахъ—405; залогъ въ товарныхъ складахъ—405; залогъ недвижимости опекунами—779.

Замѣнимый. Понятіе о вещахъ замѣнимыхъ—170; предметомъ займа могутъ быть только замѣнимыя вещи—545; предметомъ ссуды и найма могутъ быть только вещи незамѣнимыя—580, 584.

Заповѣдный. Имѣнія заповѣдныя—161; временно-заповѣдныя—162; они не подлежатъ завѣщанію—817.

Запродажа. Опредѣленіе договора—536; форма—538; исполненіе—538; задаточная росписка—539; отличіе запродажи отъ купли-продажи и поставки—537, 541.

Зародышъ. Зародышъ, какъ субъектъ правъ—87; завѣщанія въ пользу лицъ зачатыхъ—811.

Застроеніе. Застроеніе, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—320.

Засѣвъ. Засѣвъ, какъ основаніе приращенія—321.

Захватъ—246, 268.

Зачетъ. Понятіе о зачетѣ—497; невозможность зачета между долгами товарищей и требованіями товарищества—636.

Защита. Защита владѣнія—240, 248.

Здоровье. Вліяніе на дѣеспособность душевной болѣзни—110.

Игра. Недѣйствительность займа для игры и по игрѣ—548.

Изданіе. Право на періодическія изданія—421.

Издатель. Авторское право издателя народныхъ пѣсенъ—414; право издателя на повременныя изданія—422, 423.

Издержки. Возмѣщеніе издержекъ владѣльцу со стороны собственника—256.

Измѣненіе.—Измѣненіе юридическаго отношенія—85; измѣненіе лицъ въ обязательствѣ—474; измѣненіе завѣщанія—835.

Изобрѣтеніе. Право на промышленное изобрѣтеніе—431; возникновеніе этого права—432; дѣйствіе привилегіи—432; прекращеніе привилегіи—432, 433.

Икона. Обязанность не-христіанъ передать церкви доставшіяся имъ по наслѣдству иконы—128; внѣоборотность иконъ—174.

Имущественный. Имущественный характеръ гражданскаго права—6; имущественный интересъ, какъ содержаніе обязательства—443; имущественныя отношенія между супругами—711; имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми—748.

Имущество. Понятіе объ имуществѣ—147; судьба имущества юридическихъ лицъ—146; имущество, какъ предметъ завѣщанія—814.

Иновѣрцы. Браки иновѣрцевъ—695.

Иностранецъ. Дѣеспособность иностранцевъ—119, 120; завѣщанія въ пользу иностранцевъ—809, 810.

Интересъ. Отличіе частнаго интереса отъ общественнаго—3; интересъ, какъ необходимое содержаніе субъективнаго права—80; потеря интереса прекращаетъ сервитутъ—365; неимущественный интересъ въ обязательствахъ—443.

Ипотека. Понятіе объ ипотекѣ—231; ипотечная система укрѣпленія правъ—231.

Исключительный. Понятіе объ исключительныхъ правахъ—79, 407; виды исключительныхъ правъ—411.

Исковая давность. Понятіе—206; основаніе—207; виды давности—208; начало исковой давности—210; пріостановленіе—211; перерывъ—212; сроки исковой давности—213; дѣйствіе исковой давности—215.

Искъ. Вліяніе давности на искъ—215; иски о наслѣдствѣ—885.

Исполненіе. Образъ исполненія обязательства—464; мѣсто исполненія—465; время исполненія—468; субъектъ исполненія—471; исполненіе, какъ способъ прекращенія обязательствъ—492; замѣна исполненія—493; невозможность исполненія—496; исполненіе духовныхъ завѣщаній—907.

Исторія. Историческое направленіе въ наукѣ гражданскаго права—8; исторія гражданскаго законодательства на Западѣ—23; историческое соотношеніе между закономъ и обычаемъ—42; исторія права собственности въ Россіи—267; исторія укрѣпленія права собственности на недвижимости—223; историческое происхожденіе общинной собственности—342; историческое происхожденіе сервитутовъ—361; историческое возникновеніе чиншеваго права—379; исторія залогового права—385; исторія обязательственнаго права—448; исторія личныхъ и имущественныхъ отношеній между супругами—716; исторія брака въ Россіи—680; исторія развода въ Россіи—703; исторія родительской власти—730; исторія опеки—768; исторія наслѣдственнаго права въ Россіи—786; историческое развитіе завѣщательной формы—823, историческое развитіе круга лицъ, призываемыхъ къ наслѣдованію—841.

Источники права. Опредѣленіе—40; источники русскаго гражданскаго права—40; источники французскаго права—30; источники германскаго права—33; источники англійскаго права—38; историческое соотношеніе источниковъ права—41.

Казна. Казна, какъ юридическое лицо—137; казенное оброчное содержаніе—377; казенные подряды и поставки—613.

Каналъ—172.

Каноническое право. Кодификація каноническаго права—28.

Капитуляріи—30.

Кинематографы—437.

Кладбище. Кладбища, какъ предметы внѣ оборота—174.

Кладъ. Открытіе клада, какъ способъ пріобрѣтенія права собствен-

ности—307; кому принадлежитъ кладъ—308.

Классификація. Классификація правовыхъ институтовъ, какъ система права—74; классификація способовъ пріобрѣтенія права собственности—284; классификація договоровъ—522.

Клеймо. Право на клеймо—435.

Клубъ. Клубъ, какъ юридическое лицо—138.

Коммиссіонеръ. Отличіе коммиссіонера отъ представителя—200.

Компенсація, см. зачётъ.

Контрагентъ. Понятіе о контрагентахъ—502; договоръ между отсутствующими контрагентами—516; контрагентъ при сдѣлкахъ—201.

Контрафакція—см. нарушеніе авторскаго права—421.

Конфискація—334.

Кредиторъ. Понятіе о кредиторѣ—440; кредиторы законнаго наслѣдника не могутъ опровергать завѣщанія, составленнаго не въ его пользу—883; право кредиторовъ требовать выдѣла указной части—861; право кредиторовъ на остальное имущество должника сверхъ залога—401; возможность для кредитора уступить свое право—476; отношеніе между кредиторомъ и поручителемъ—489; право кредиторовъ на страховую сумму по личному страхованію — 575; право кредиторовъ одного супруга на имущество другого—725; невозможность отреченія отъ наслѣдства въ ущербъ кредиторамъ—874; право кредиторовъ наслѣдодателя требовать обособленія наслѣдства отъ имущества наслѣдниковъ—900.

Крестьяне. Ограниченіе дѣеспособности крестьянъ—131; дѣйствіе обычнаго права въ крестьянскихъ дѣлахъ—46; опека у крестьянъ—773; крестьянскія завѣщанія—833.

Критика. Критическое направленіе въ наукѣ гражданскаго права—15; критика нормъ права—64.

Купля-продажа. Опредѣленіе договора—524; объектъ купли-продажи—525; цѣна—526; переходъ права собственности—526; заключеніе договора—527; форма—528; обязанности продавца—531; обязанности покупщика—535.

Купчая. Совершеніе купчей крѣпости—529.

Лавка. Лавка, какъ нераздѣльное имущество—162.

Легатарій.—Понятіе о легатаріи—899; допустимость легатарія по русскому праву—902.

Легатъ (отказъ)—899.

Leges barbarorum—29.

Легитимація—875, 882.

Ленное право, libri feudorum—34.

Линіи. Опредѣленіе близости родства по линіямъ—761.

Литературное произведеніе. См. авторское право.

Личный. Личная обида—666; личныя отношенія между супругами—720; личныя отношенія между родителями и дѣтьми—729; личное попеченіе о малолѣтнемъ—772.

Личное страхованіе—572; старости—573; стипендіи—573; приданаго—573; отличіе отъ страхованія имущества—574; права третьихъ лицъ—577.

Лишеніе жизни. Имущественная отвѣтственность за лишеніе жизни—663.

Лишеніе правъ. Лишеніе правъ состоянія ограничиваетъ правоспособность—94; лишеніе правъ, какъ поводъ къ разводу—706; завѣщанія лицъ, лишенныхъ правъ состоянія—устраненіе лишенныхъ правъ отъ наслѣдованія—806.

Лѣсъ. Право въѣзда въ лѣсъ—367; священнослужителей и причетниковъ—364; прекращеніе права въѣзда въ лѣсъ—368; ограниченіе права на лѣса въ исторіи—271; въ дѣйствующемъ законодательствѣ—283; продажа лѣса на срубъ—151; лѣсное хозяйство при пользовладѣніи—371.

Магометане. Спеціальные законы для магометанъ—56; расторженіе брака магометанъ—711.

Маіоратъ. Понятіе о маіоратѣ—161.

Малолѣтній. Возрастъ малолѣтства—103; пріостановка давности въ пользу малолѣтнихъ—211.

Мать. Связь матери съ внѣбрачными дѣтьми—759; родительская власть матери—735; права матери на опеку—772.

Мельница. Пристройка мельничной плотины на судоходныхъ рѣкахъ—278; къ чужому берегу—282, 368.

Метеориты—306.

Метрическія книги. О содержаніи метрич. книгъ для крещаныхъ и о порядкѣ ихъ веденія—98; метрическія свидѣтельства—98; метрич. книги для брачущихся—694; у старообрядцевъ и сектантовъ—697.

Мировая. Понятіе о мировой сдѣлкѣ—563; форма мировой сдѣлки—565; дѣйствіе мировой сдѣлки—565; отличіе отъ конкурсной мировой сдѣлки—565.

Мнимый. Мнимыя сдѣлки—197.

Монашество. Постриженіе въ монашество ограничиваетъ правоспособность—93; монашество препятствуетъ браку—687; постриженіе, какъ поводъ къ разводу — 708; завѣщаніе монашествующихъ — 808; устраненіе монашествующихъ отъ наслѣдованія—810; постриженіе въ монашество открываетъ наслѣдованіе 791.

Мореходныя суда. Мореходное судно, какъ движимость — 152; форма найма—584.

Морскіе берега—279.

Мотивъ. Вліяніе мотива воли на силу сдѣлки—179, см. сдѣлка.

Музыкальное произведеніе—авторское право на него—428.

Мѣна. Опредѣленіе мѣны—542; запрещеніе мѣны недвижимостями 543, 544; мѣна недвижимости на движимость—544.

Наемъ имущества. Опредѣленіе договора—581; отличіе отъ ссуды—579, 582; вознагражденіе за наемъ—582, 588; срокъ найма—583; форма договора—584; обязанности хозяина нанятой вещи—585; обязанности нанимателя—587; перенаемъ—588; прекращеніе найма—590; вліяніе отчужденія нанятой вещи на договоръ найма—591.

Наемъ лицъ. Опредѣленіе договора — 595; согласіе мужа на наемъ жены—599; срокъ найма—597; вознагражденіе при наймѣ—597, 602; совершеніе договора—598; форма личнаго найма — 600; обязанности нанявшагося—600; обязанности нанимателя—602; прекращеніе личнаго найма—603; виды личнаго найма — 604; наемъ приказчиковъ — 604; наемъ фабричныхъ рабочихъ—605; наемъ сельскихъ рабочихъ—605; наемъ ремесленныхъ учениковъ—607; наемъ рабочихъ на золотые промыслы—607; наемъ морскихъ матросовъ—608.

Наказъ. Наказъ (modus), какъ одно изъ ограниченій силы сдѣлокъ—195.

Наличное имущество. Отличіе наличнаго отъ долгового—147.

Намывъ. Понятіе о намывѣ—317.

Насажденіе. Насажденіе, какъ основаніе приращенія—321.

Населенное имѣніе. Понятіе—149.

Насиліе. Насиліе, какъ принужденіе къ совершенію сдѣлки—180; насильственное владѣніе—243.

Наслѣдникъ. Понятіе о наслѣдствѣ—784; кто называется наслѣдникомъ—784; отличіе наслѣдника отъ легатарія—900; кто не можетъ быть наслѣдникомъ по завѣщанію — 809; кто призывается къ наслѣдованію по закону—840; нисходящіе наслѣдники—850; боковые наслѣдники—852; восходящіе наслѣдники—855; наслѣдники супруги—858; внѣбрачныя дѣти — наслѣдники послѣ матери — 759; но не отца — 760; права наслѣдниковъ—875; сила сдѣлокъ, совершонныхъ мнимымъ наслѣдникомъ—887; отвѣтственность наслѣдниковъ — 893; вызовъ наслѣдниковъ—797.

Наслѣдованіе. Сущность наслѣдованія—782; основанія наслѣдованія—784; исторія наслѣдованія—786; историческое и догматическое соотношеніе между наслѣдованіемъ по закону и наслѣдованіемъ по завѣщанію—785; наслѣдованіе по закону—156, 839; наслѣдованіе по завѣщанію—157, 800; лица наслѣдующія—840; система наслѣдованія на Западѣ—842—844; наслѣдованіе нисходящихъ—850; наслѣдованіе боковыхъ—852; наслѣдованіе восходящихъ—855; наслѣдованіе супруговъ—наслѣдованіе внѣбрачныхъ — 759, 760; утвержденіе въ правахъ наслѣдованія—875.

Наслѣдственный. Наслѣдственное пользованіе — 376; наслѣдственное право — 782; исторія наслѣдственнаго права въ Россіи—786; наслѣдственный договоръ—784.

Наслѣдство. Опредѣленіе наслѣдства—784; открытіе наслѣдства—790; моментъ открытія наслѣдства—791; мѣры охраненія наслѣдства—793; выморочное наслѣдство—863; принятіе наслѣдства—865; отреченіе отъ наслѣдства—872; раздѣлъ наслѣдства — 890; иски о наслѣдствѣ—885.

Находка. Находка, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—309;

условія пріобрѣтенія находки въ собственность—311; основаніе пріобрѣтенія находки въ собственность — 309 и вознагражденія—310.

Національность. Вліяніе національности на дѣеспособность—121.

Недвижимость. Отличіе недвижимости отъ движимости—150; родовыя и благопріобрѣтенныя недвижимости—153; заповѣдныя и маіоратныя — 160; временно-заповѣдныя — 161; укрѣпленіе правъ на недвижимости — 222; передача недвижимости для пріобрѣтенія права собственности—288; приращеніе недвижимости къ недвижимости—317; взысканіе на недвижимость—327; форма найма недвижимости—584; продажа и залогъ недвижимостей, состоящихъ въ опекунскомъ управленіи—779; наслѣдственная доля въ недвижимости дочери—851; жены—860.

Недобросовѣстный. Понятіе о недобросовѣстномъ владѣніи—243; отвѣтственность недобросовѣстнаго владѣльца—256.

Недѣйствительность. Недѣйствительность сдѣлки, заключенной малолѣтнимъ — 103; несовершеннолѣтнимъ—104; сумасшедшимъ—110; виды недѣйствительности сдѣлокъ—196; послѣдствія недѣйствительной сдѣлки — 198; недѣйствительность сдѣлки частичная—198; недѣйствительность займа по игрѣ и для игры—548; недѣйствительность брака—682; недѣйствительность завѣщательныхъ распоряженій—723; недѣйствительность завѣщанія—837.

Недѣлимость. Недѣлимыя вещи—162; недѣлимыя обязательства—462.

Незаконный. Незаконное владѣніе — 242; незаконные договоры — 504, 505; незаконное обогащеніе—668; незаконныя (внѣбрачныя) дѣти—775; незаконныя распоряженія въ завѣщаніяхъ—823.

Незамѣнимый. Понятіе о вещахъ незамѣнимыхъ—170; только незамѣнимыя вещи могутъ быть предметомъ ссуды—578; найма—582; поклажи—624.

Неотчуждаемость. Завѣщаніе имущества въ неотчуждаемую собственность—819.

Непотребляемый. Понятіе о вещахъ непотребляемыхъ—168.

Непрерывность. Непрерывность владѣнія, какъ условіе пріобрѣтенія права собственности—294, 297.

Нераздѣльность. Какія вещи признаются нераздѣльными — 161; послѣдствія нераздѣльности—164; недѣлимость обязательствъ—462; раздѣлъ между наслѣдниками нераздѣльнаго имущества—892.

Несовершеннолѣтній. До какого возраста признаются несовершеннолѣтними—102; дѣеспособность несовершеннолѣтняго—104; послѣдствія сдѣлокъ, заключенныхъ несовершеннолѣтнимъ безъ согласія попечителя — 107; способность несовершеннолѣтняго быть представителемъ—202; завѣщанія несовершеннолѣтнихъ—806; способность несовершеннолѣтнихъ быть свидѣтелями при составленіи завѣщанія—827.

Несостоятельный. Ограниченіе дѣеспособности несостоятельнаго—115; несостоятельность дарителя, какъ основаніе возвращенія дара—560; вліяніе несостоятельности на договоръ поклажи—631; несостоятельность одного изъ супруговъ—725.

Нетлѣнный. Понятіе о вещахъ нетлѣнныхъ—170.

Неустойка. Понятіе о неустойкѣ—483; дѣйствіе неустойки на обязательство—483; законная и договорная неустойка—484, 485; ограниченіе въ установленіи договорной неустойки—485.

Нехристіане. Ограниченіе ихъ правъ по наслѣдованію—128.

Нисходящіе. Понятіе о нисходящихъ — 761; наслѣдованіе нисходящихъ—850.

Ничтожный. Ничтожная сдѣлка—197.

Новація. Понятіе о новаціи—494.

Нотаріусъ. Участіе нотаріуса въ сдѣлкѣ—188; назначеніе нотаріусовъ—226; нотаріальный архивъ—227; нотаріальная система укрѣпленія правъ на недвижимости — 227; недостатки нотаріальной системы — 230; нотаріальныя завѣщанія—825.

Нѣдра. Право на нѣдра въ исторіи—271; въ дѣйствующемъ законодательствѣ—265.

Обезпеченіе. Способы обезпеченія обязательствъ—479, 480; залогъ всегда обезпечиваетъ другое право—397.

Обманъ. Обманъ, какъ основаніе для опроверженія сдѣлки—184.

Обнаженіе дна. Обнаженіе дна, какъ основаніе приращенія—319.

Обогащеніе. Понятіе объ обогащеніи на чужой счетъ—668; незаконное обогащеніе, какъ источникъ обязательствъ—670.

Оборотъ. Вещи внѣ оборота—171.

Обоснованные договоры—512.

Обособленіе. Обособленіе имущества наслѣдниковъ отъ переходящаго къ нимъ наслѣдства—900.

Обсохшая земля. Право собственности на обсохшую землю—319.

Общая собственность. Установленіе общей собственности при смѣшеніи — 322; понятіе объ общей собственности—335; отличіе ея отъ общинной—345; пользованіе, владѣніе и распоряженіе при общей собственности—337; прекращеніе общей собственности—340; общее имущество въ квартирѣ супруговъ—725.

Общее пользованіе—275.

Общество. Общество, какъ юридическое лицо—139, 635.

Общинная собственность. Возникновеніе общиннаго землевладѣнія—341; понятіе объ общинной собственности—345; теоріи относительно общиннаго землевладѣнія—347; права общины на земли—348; права отдѣльнаго члена общины — 353; право на усадьбу—353; право на выдѣлъ—354.

Объектъ. Понятіе объ объектѣ права—79, 220; виды объектовъ права—147; заблужденіе въ объектѣ права—183; что можетъ быть объектомъ владѣнія—245; объектъ права собственности—261; уничтоженіе объекта, какъ основаніе прекращенія правъ — 83; объектъ залогового права—390; объектъ авторскаго права—414; объектъ права на худож. произведенія—425; на музык. произведенія—428; объектъ обязательства — 458; объектъ купли-продажи — 525; объектъ поклажи — 624; объектъ права личной власти—677.

Обычное право. Понятіе о немъ—42; отличіе его отъ заведеннаго порядка—44; отъ обрядовъ—45; отношеніе къ закону — 42; область примѣненія обычнаго права по русск. законодательству—46; сила обычнаго права—47; кассація рѣшенія на основаніи нарушенія обычнаго права—49.

Обязательство. Понятіе о немъ—439; обязательственное право—439; обязательство, какъ движимое имущество—152; основаніе обязательства—446; развитіе обязательственнаго права — 448; недѣлимость обязательства—462; образъ исполненія обязательствъ — 464; мѣсто исполненія—465; время исполненія—468; долевое обязательство — 454; солидарное—455; альтернативное—459; факультативное—461; видовыя и родовыя обязательства—461; дѣлимость обязательства—462.

Овладѣніе—246, 303.

Ограниченіе. Ограниченія правоспособности лицъ польскаго происхожденія — 121; евреевъ — 124; нехристіанъ — 128; правъ собственности — 263, 264.

Озеро—265.

Окно. Право выводить окно на сосѣдній дворъ—280.

Опека. Опека надъ малолѣтними—103, 770, 772; половая опека — 108; опека надъ глухонѣмыми—112, 773; опека надъ расточителями—113, 776; понятіе объ опекѣ—764; организація опеки во Франціи—765 и Германіи—766; въ Англіи—766; исторія опеки въ Россіи—768; учрежденіе опеки—773; два вида опеки — 767; прекращеніе опеки—781; опека надъ сумасшедшими—111, 774, 775.

Опекунъ. Задача опекуна — 104; права и обязанности опекуновъ—777; попеченіе о личности—777; управленіе имуществомъ — 777; дѣйствія, выполняемыя опекунами самостоятельно—778; дѣйствія, требующія утвержденія опекунскихъ учрежденій—779; дѣйствія, требующія утвержденія Сената—779; назначеніе опекуна—770, 774; опекунская повинность—771; кто не можетъ быть опекуномъ—770; отчетность опекуна—780; вознагражденіе опекуна—781; отвѣтственность опекуновъ за дѣйствія опекаемыхъ—661; за дѣйствія по опекѣ—780.

Опись. Принятіе по описи имущества, предоставленнаго въ пользовладѣніе—370; опись имущества, принимаемаго опекуномъ—778; опись имущества при экспропріаціи—331; опись наслѣдства—797; отвѣтственность наслѣдниковъ по инвентарю—897.

Опредѣленіе. Юридическое опредѣленіе и его отличіе отъ юридическаго принципа—11.

Опровержимость. Опровержимость, какъ видъ недѣйствительности сдѣлокъ—197.

Оспариваніе завѣщанія—883.

Островъ. Образованіе острова, какъ основаніе пріобрѣтенія права собственности—319.

Отвѣтственность. Отвѣтственность юридическихъ лицъ за своихъ представителей—145; отвѣтственность добросовѣстнаго и недобросовѣстнаго владѣльца передъ собственникомъ—256, 258; отвѣтственность продавца за недостатки вещи—534; за отчуждаемое право—532; отвѣтственность за передаваемое обязательство—476; отвѣтственность довѣрителя за довѣреннаго—622, 661; отвѣтственность жел. дорогъ и пароходныхъ предпріятій—656; фабрично-заводскихъ предпріятій—659; отвѣтственность за другихъ—660; родителей и опекуновъ—661; соучастниковъ въ преступленіи—662; отвѣтственность наслѣдниковъ — 663; отвѣтственность отказополучателей — 906; отвѣтственность душеприказчиковъ—913.

Отдѣленныя дѣти—749.

Отдѣленіе плодовъ—316.

Отецъ. Отношеніе отца къ внѣбрачнымъ дѣтямъ—759.

Отказъ. Опредѣленіе завѣщательнаго отказа—898; непринятый отказъ—905; ограниченія отказовъ—905; отвѣтственность отказополучателей—906.

Открытіе. Открытіе клада — 307; открытіе наслѣдства—790.

Отмѣна и измѣненіе завѣщанія—835.

Относительный. Относительное право—79, 217; отличіе отъ абсолютнаго—218.

Отношеніе. Юридическое отношеніе—77; установленіе — 83 и прекращеніе его—83; отношенія между супругами личныя — 720; имущественныя—724; отношенія между родителями и дѣтьми личныя—729; имущественныя—748.

Отреченіе. Отреченіе отъ права вообще—84; отреченіе отъ міра—93; отреченіе отъ наслѣдства—872; безповоротность отреченія—873; форма отреченія отъ наслѣдства—874; отреченіе во вредъ кредиторамъ—874.

Отрывъ. Понятіе объ отрывѣ—318.

Отсрочка. Отсрочка въ исполненіи по обязательствамъ—469.

Отчеты. Отчеты опекуновъ—780; отчетъ довѣреннаго—619.

Отчужденіе. Отчужденіе права вообще—84.

Охота—305, 368.

Охраненіе мѣры охраненія наслѣдства—793.

Оцѣнка. Оцѣнка экспропріируемаго имущества—331.

Ошибка. Ошибка, какъ мотивъ сдѣлки—181.

Пассивный. Пассивный субъектъ юридическаго отношенія—78; въ абсолютномъ правѣ—218; пассивъ имущества—147, 148; перемѣна пассивнаго субъекта въ обязательствахъ—477; пассивный субъектъ при обязательствѣ—440; пассивная солидарность—455.

Паспортъ. Выдача паспорта женѣ съ разрѣшенія мужа—723; задержаніе паспорта, какъ обезпеченіе обязательства—480.

Перевозъ. Право устраивать перевозы—277; право взимать плату за перевозъ—277.

Передача. Передача владѣнія—246; передача, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности — 285; взгляды французскаго и германскаго законодательствъ на передачу— 287; взглядъ русскаго законодательства на передачу — 288; передача закладныхъ — 399; передача заемныхъ писемъ—552.

Передѣлъ. Передѣлы общинной земли—349.

Перезалогъ—391.

Переработка. Переработка, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—323.

Перерывъ. Перерывъ исковой давности—212.

Переходъ. Переходъ права вообще—83; переходъ права собственности—290; переходъ авторскаго права—418; переходъ правъ по обязательствамъ—475; переходъ права собственности при куплѣ-продажѣ — 526, 531; переходъ наслѣдства къ наслѣдникамъ—865.

Періодическое изданіе—421.

Плагіатъ — см. нарушеніе авторскаго права—421.

Плата. Плата по найму имущества—581, 588; плата по личному найму—602; выдача рабочей платы — 465, 602, 605.

Плоды. Отвѣтственность владѣльца передъ собственникомъ за потребленные плоды — 258; отдѣленіе плодовъ,

какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—316.

Площадь—173.

Плотина—278, 281; примычка ея—368.

Подданство—117.

Поднаемъ. Понятіе о поднаймѣ и вытекающія изъ него отношенія—589.

Подрядъ. Понятіе о договорѣ подряда—608; отличіе отъ личнаго найма—610; отличіе отъ поставки—611; заключеніе договора — 612; казенные подряды—613.

Подсудность. Подсудность исковъ о возстановленіи нарушеннаго владѣнія—252; подсудность исковъ по мѣсту исполненія обязательства—467; подсудность исковъ о разводѣ—704; подсудность исковъ по наслѣдованію — 792, 875.

Пожалованіе. Понятіе о пожалованіи—563.

Пожертвованіе. Понятіе о пожертвованіи—561.

Пожизненное владѣніе, см. пользовладѣніе.

Поклажа. Понятіе о поклажѣ—623; предметъ поклажи—624; безвозмездность поклажи — 625; совершеніе договора—625; форма договора—626; обязанности пріемщика—628; обязанности покладчика—630; вліяніе смерти на отношенія сторонъ—630; вліяніе несостоятельности одного изъ контрагентовъ—632; особые виды поклажи—632; необходимая поклажа—632; поклажа въ гостиницахъ—633; секвестръ—633; поклажа въ товарныхъ складахъ—634.

Покупщикъ. Обязанность принять вещь—535; обязанность уплатить цѣну—535.

Полисъ. Страховой полисъ—569.

Полномочіе. Полномочіе при представительствѣ—205.

Полъ. Вліяніе пола на дѣеспособность: на Западѣ—109 и въ Россіи—109, 110.

Пользованіе. Пользованіе, какъ элементъ права собственности — 261, 262; пользованіе лѣсами—283; пользованіе при общей собственности—337; пользованіе сельскаго общества своею землею—349; сервитутъ пользованія—363; вещи въ общемъ пользованіи—171; временное пользованіе залогомъ—400; пользованіе вещью при ссудѣ—580; при наймѣ—587; наслѣдственное пользованіе—376.

Пользовладѣніе. Сервитутъ пользовладѣнія — 369; принятіе имѣнія по описи—369; преемственное пользовладѣніе — 370; правомочія пользовладѣльца—371; пользовладѣлецъ не пользуется защитою владѣнія—245; отношеніе пользовладѣльца къ кредиторамъ прежняго собственника—373; и новаго собственника—374; прекращеніе пользовладѣнія—375; пользовладѣніе родителей въ силу закона—369; предоставленіе пользовладѣнія по завѣщанію—817.

Поляки. Ограниченіе поляковъ въ правѣ пріобрѣтать недвижимости—121.

Попечитель. Задача попечителя—105; назначеніе попечителя къ несовершеннолѣтнему—767.

Попечительство—см. опека.

Порубка. Отвѣтственность за убытки, причиненные порубкою—666.

Поручитель. Отличіе его отъ представителя—203; понятіе о поручительствѣ—486; виды его—487, 488; установленіе поручительства—489; отношеніе между поручителемъ и вѣрителемъ—489; отношеніе между поручителемъ и должникомъ—491; прекращеніе поручительства—492.

Поссессіонное право—378.

Поставка. Опредѣленіе поставки—540; отличіе ея отъ купли-продажи, запродажи и подряда — 541; заключеніе договора казенной поставки—613.

Потеря права—84.

Потерянная вещь—312.

Потребляемый. Понятіе о вещахъ потребляемыхъ—168.

Право. Гражданское право — 5; субъективное право—80; возникновеніе права—83; отреченіе отъ права—84; отчужденіе права—84; потеря права—84; прекращеніе права — 85; сліяніе права и обязанности—85; измѣненіе—85; абсолютное и относительное право—70, 217; вещное право—217; залоговое право—383; лишеніе правъ состоянія—94; право собственности—222; право жены на фамилію мужа послѣ развода—721.

Правонарушеніе. Понятіе о правонарушеніи — 641; правонарушеніе, какъ источникъ обязательства—447; соотношеніе между уголовнымъ и гражданскимъ правонарушеніемъ—649; доказываніе убытковъ—652; убытки отъ право-

нарушенія—643, 651; отвѣтственность за чужія правонарушенія—660; отдѣльные виды правонарушеній—663.

Правоспособность. Общее понятіе — 86; утрата правоспособности монашествомъ — 93; лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія—94.

Представительство. Общее понятіе—199; отличіе представителя отъ коммиссіонера—200; сущность представительства—201; отличіе отъ порученія—203; виды представительства—204; основанія для представительства (законъ или договоръ) — 204; кругъ сдѣлокъ представителя—205; душеприказчикъ, какъ представитель—908.

Представленіе. Понятіе о правѣ представленія—846; право представленія въ нисходящей линіи—850; право представленія въ боковой линіи—854.

Предъявитель. Бумаги на предъявителя—450.

Преемство общее и частное—83; наслѣдованіе, какъ общее преемство—783.

Прекращеніе. Прекращеніе отношенія—83; прекращеніе владѣнія—247; права собственности — 325; прекращеніе обязательства—492.

Прелюбодѣяніе. Понятіе о прелюбодѣяніи—724; прелюбодѣяніе, какъ поводъ къ разводу—704.

Премія. Страховая премія — 567, 576.

Привилегія. Привилегія, какъ законъ—57; привилегія на промышленныя изобрѣтенія—432.

Пригульный скотъ—315.

Приданое. Понятіе о приданомъ—751; форма приданаго—752; послѣдствія приданаго для наслѣдованія—752, 753; страхованіе приданаго—573.

Принадлежность. Отличіе принадлежности отъ главной вещи—164; различныя основанія принадлежности—166; виды принадлежности—166; принадлежности сдѣлки—178; случайныя—190.

Принципъ. Юридическій принципъ и его отличіе отъ юридическаго опредѣленія—11.

Принужденіе. Принужденіе къ заключенію сдѣлки; физическое (насиліе)—176; психическое (угроза)—179.

Принятіе. Принятіе предложенія при заключеніи договора между отсутствующими—516, 517; принятіе наслѣдства—865.

Приращеніе. Приращеніе, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—317; приращеніе: недвижимости къ недвижимости—317; движимости къ недвижимости — 320; движимости къ движимости—321; отличіе приращенія отъ смѣшенія—322; приращеніе наслѣдственной доли—888; приращеніе отказной доли—905.

Притворный. Притворныя сдѣлки—186.

Пріобрѣтеніе. Пріобрѣтеніе права вообще—83; способы пріобрѣтенія права собственности — 284; пріобрѣтеніе наслѣдственнаго права—865; пріобрѣтеніе правъ, входящихъ въ составъ наслѣдства—875.

Присвоеніе—247.

Пріостановленіе. Пріостановленіе срока исковой давности—211.

Продавецъ. Обязанность продавца передать вещь—531; рискъ продавца за гибель или поврежденіе вещи—531; отвѣтственность за недостатки вещи—534; право на цѣну вещи—535.

Продажа. Продажа недвижимости опекунами—779.

Промышленныя права. Право на промышленное изобрѣтеніе—431; на фабричные рисунки и модели—433; на фирму — 434; на товарный знакъ—435; на фотографическія произведенія—435; граммофоны и кинематографы—437.

Просрочка. Просрочка въ исполненіи по обязательствамъ—470.

Проходъ. Право прохода и проѣзда—282.

Проценты. Условленные и узаконенные проценты при займѣ—551; проценты на проценты (анатоцизмъ)—552; законы о ростовщичествѣ—551.

Проѣздъ — Право при безвыходности изъ своего участка—282.

Пруссія. Общее земское право прусскихъ провинцій — 35; общее гражд. уложеніе—35.

Публичный. Отличіе частнаго права отъ права публичнаго—2; недѣйствительность договоровъ, нарушающихъ публичные интересы—504.

Публикація о находкѣ—314; о переходѣ недвижимости къ новому владѣльцу—229.

Разводъ. Идея развода—699; разводъ во Франціи—701; въ Германіи—701; въ Англіи—702; въ Швейцаріи—702; исторія развода въ Россіи—703; разводъ православныхъ—704; прелюбодѣяніе—704; неспособность къ брачному сожитію—705; вслѣдствіе вступленія во второй бракъ при существованіи перваго—705; лишеніе правъ состоянія—706; безвѣстное отсутствіе—707; постриженіе въ монашество—708; разводъ у старообрядцевъ—708; у католиковъ—709; у лютеранъ—710; у іудеевъ—711; у муссульманъ—711; право жены на фамилію мужа послѣ развода—721.

Раздѣлъ. Прекращеніе общей собственности раздѣломъ—340; раздѣлъ наслѣдства—890; раздѣлъ судебный—891; полюбовный—891.

Раздѣльность. Начало раздѣльности въ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами—724, 725; между родителями и дѣтьми—748.

Раздѣльный. Раздѣльныя вещи и отличіе отъ нераздѣльныхъ—161; раздѣльныя обязательства—462; раздѣльная запись—891; раздѣльность имущества родителей и дѣтей—748.

Разсрочка. Разсрочка въ исполненіи обязательства—464.

Разстройство имущества—113; см. расточительность и несостоятельность.

Распоряженіе. Распоряженіе, какъ элементъ права собственности—262; распоряженіе при общей собственности—305; недѣйствительность завѣщательныхъ распоряженій—804, 805.

Расточитель. Основаніе опеки надъ расточителями—113; установленіе опеки надъ расточителями—113, 776; дѣеспособность расточителей—113; завѣщанія расточителей—808.

Расторженіе. Основаніе расторженія брака—699; расторженіе брака на Западѣ—700; расторженіе брака у православныхъ—704; расторженіе брака у инославныхъ—709.

Редакторъ. Права редактора періодическаго изданія, какъ основа правъ издателя—422.

Регрессъ. Право регресса при солидарномъ обязательствѣ—455.

Рецепція. Причины рецепціи римскаго права—25; послѣдствія рецепціи римокаго права—26.

Римское право. Вліяніе римскаго права на юриспруденцію до рецепціи—23; причины рецепціи римскаго права—25; послѣдствія рецепціи—26.

Родители. Юридическая природа родительской власти—676; ея цѣль—729; исторія родительской власти въ Россіи—730; обязанности родителей по отношенію дѣтей—731; воспитаніе—731; содержаніе—733; права родителей требовать дѣтей къ сожительству—734; почтительность дѣтей къ родителямъ—736; право наказанія дѣтей—737; установленіе родительской власти—738; законное рожденіе—738; узаконеніе—742; усыновленіе—745; прекращеніе и ограниченіе родительской власти—753.

Родовой. Родовая недвижимость—153; сдѣлки допустимыя съ родовыми имѣніями—158; родовыя обязательства—461; выдѣлъ изъ родового имѣнія—750.

Родство. Родство, какъ препятствіе къ браку—688, 690, 763; опредѣленіе родства—760; права по родству—762; обязанности по родству—763.

Росписка. Платежная росписка при займѣ—553; сохранныя росписки—627.

Ростовщичество. Законъ о ростовщичествѣ—551.

Рукоприкладчикъ. Участіе рукоприкладчика при составленіи завѣщанія—829.

Рыбная ловля—276, 306.

Рѣка. Рѣки въ общемъ пользованіи—172, 277; бечевникъ рѣки—278; обязательный спускъ воды въ рѣкахъ—280; запрещеніе поднимать воду запрудами—281; обмелѣніе дна рѣки—319; образованіе острова на рѣкѣ—319.

Рядная запись. Понятіе о рядной записи—752; форма ея—189, 752.

Самоубійство. Вліяніе самоубійства на договоръ личнаго страхованія—576, 577; вліяніе самоубійства на силу завѣщанія—805.

Свидѣтель. Свидѣтели, какъ элементъ формы сдѣлки—190; свидѣтели при бракѣ—694; недопущеніе близкихъ родственниковъ къ свидѣтельству—736, 763; свидѣтели при завѣщаніи—827; свидѣтельство противъ супруга или въ пользу—724.

Свойство. Понятіе о свойствѣ—688; свойство какъ препятствіе къ браку—688, 693; обязанности, вытекающія изъ свойства—763.

Сдѣлка. Понятіе юридической сдѣл-

ки—175; юридическое дѣйствіе и юридическая сдѣлка — 73; составъ юрид. сдѣлки — 178; мотивы воли при сдѣлкахъ: принужденіе, угроза, — 179, значительность грозимаго зла и основательность страха—180; заблужденіе при сдѣлкѣ—181; объектъ сдѣлки—183; обманъ при сдѣлкѣ—184; выраженіе воли при сдѣлкѣ—185; притворная сдѣлка—186; форма сдѣлки—187; случайныя принадлежности сдѣлки—190; сдѣлка недѣйствительная—196.

Секвестръ. Понятіе о секвестрѣ—633.

Семья. Понятіе о семьѣ—674; отношеніе права къ семейнымъ отношеніямъ—674; юридическая природа семейныхъ правъ—676; семейное начало въ наслѣдованіи—841.

Сервитутъ. Понятіе о сервитутѣ—358; историческое происхожденіе сервитутовъ — 361; установленіе сервитутовъ— 365; виды сервитутовъ—366; прекращеніе ихъ—365.

Система. Систематизація права, какъ задача догматики—12; понятіе о системѣ права—73; римская система—74; германская система—74.

Скотъ. Правила о пригульномъ скотѣ—315.

Сліяніе. Сліяніе права и обязанности—85; прекращеніе сервитутовъ вслѣдствіе сліянія съ правомъ собственности—366; прекращеніе обязательствъ вслѣдствіе сліянія—499.

Случай. Вліяніе случая на отвѣтственность за гражданское правонарушеніе—645; вліяніе случая на невозможность исполненія обязательства—496.

Смерть. Прекращеніе права за смертью субъекта—88; въ безвѣстномъ отсутствіи предполагается смерть—89; случай одновременнаго обнаруженія смерти нѣсколькихъ лицъ—92; приравненіе къ смерти лишенія правъ состоянія—94; смерть не прекращаетъ обязательственнаго отношенія—500; неестественная смерть при личномъ страхованіи—576, 577; открытіе наслѣдства въ случаѣ смерти—791; составленіе завѣщанія на случай смерти—802.

Смѣшеніе. Смѣшеніе, какъ способъ пріобрѣтенія права собственности—321.

Собственность. Опредѣленіе права собственности—259; признаки права собственности—261; содержаніе права собственности—265; исторія въ Россіи—267; ограниченія въ способности пріобрѣтать право собственности на недвижимость—119, 121, 126; права собственности на вещи—221; укрѣпленіе права собственности — 225; ограниченія—272; классификація способовъ пріобрѣтенія—284; прекращеніе права собственности по судебному постановленію—326; продажею съ публичнаго торга—326, 327; вслѣдствіе экспропріаціи—328; принудительное отчужденіе—329; общая собственность — 335; общинная собственность—341; право собственности на усадьбу—353; семейная собственность укрестьянъ — 356; историческая связь съ сервитутами—361; съ владѣніемъ—241; переходъ права собственности—290, 526, 531.

Совершеннолѣтніе. Возрастъ совершеннолѣтія по русскому праву—103.

Совокупность. Совокупность юридическихъ отношеній, какъ имущество—147; совокупность вещей, какъ одинъ объектъ—148.

Соглашеніе. Соглашеніе, какъ существенный элементъ договора — 503; брака—678.

Содержаніе,—см. алименты.

Солидарность. Солидарное обязательство—455; дѣйствіе солидарности—456.

Сословность—129, сословія въ Россіи—130; сословныя привилегіи и ограниченія—130, 131.

Сосѣдство. Право сельскаго сосѣдства—281.

Соучастіе. Отвѣтственность соучастниковъ—662.

Соціологія. Соціологическое направленіе въ наукѣ гражданскаго права—14.

Срокъ. Срокъ, какъ случайное опредѣленіе въ сдѣлкѣ—194; срокъ давностнаго владѣнія—297; срокъ заявленія о находкѣ—314; просрочка—470; отсрочка—469; перерывъ срока—213; пріостановленіе срока — 211; срокъ исковой давности—213.

Ссуда. Понятіе о договорѣ ссуды—578; отличіе ссуды отъ займа — 579; пользованіе ссудою—580.

Ссудная касса. Продажа ею залога съ аукціона—405.

Статутное право—39.

Страховщикъ. Кто можетъ быть страховщикомъ—568; обязанности страховщика—570.

Страхователь. Кто можетъ стра-

ховать имущество — 568; обязанности страхователя—570, 575; въ чью пользу допустимо личное страхованіе—575.

Страхованіе. Понятіе о страхованіи — 566; понятіе о страхованіи—личномъ—572; заключеніе страхового договора—568, 575; кто можетъ быть страхователемъ—568, 575; обязанности страхователя—570; обязанности страховщика—571, 576; прекращеніе страхованія—572; права третьяго лица при личномъ страхованіи—577.

Строеніе. Строеніе какъ движимость—150, 151.

Субституція. Понятіе о субституціи и возможность ея по русскому законодательству—820.

Субъективное право. Понятіе о субъективномъ правѣ—80; нарушеніе субъективнаго права, какъ необходимое условіе гражданскаго правонарушенія—641.

Субъектъ. Субъекты активный и пассивный — 78; физическое лицо какъ субъектъ права—86; юридическое лицо, какъ субъектъ права—131; возникновеніе физическаго субъекта—87; субъектъ владѣнія—245; субъектъ авторскаго права—413; множественность субъектовъ въ обязательствѣ—453; перемѣна активнаго субъекта—475; перемѣна пассивнаго субъекта—477.

Судно. Рѣчныя и морскія суда, какъ движимости—152; формаихъ найма—584.

Судоходная рѣка. Признаки судоходной рѣки—277; мосты на судоходной рѣкѣ—278; сплавъ бревенъ—278.

Сумасшедшій. Сумасшествіе, какъ основаніе къ ограниченію дѣеспособности—110; сила сдѣлокъ, совершонныхъ въ состояніи умственнаго разстройства—177; завѣщанія сумасшедшихъ—804.

Супруги. Личныя отношенія между супругами — 720; совмѣстное жительство—721; имущественныя отношенія—724; наслѣдованіе супруговъ—858; оставленіе однимъ супругомъ въ пользу другого пользовладѣнія—369.

Тлѣнный. Понятіе о тлѣнныхъ вещахъ—170.

Товарищество. Понятіе о договорѣ товарищества — 634; товарищество, какъ юридическое лицо—139, 635; выводы изъ этого положенія—636; виды товариществъ — 637; совершеніе договора—638; права и обязанности членовъ товарищества—638; имущественныя права товарищей—639; прекращеніе товарищества—640.

Товарный. Залогъ въ товарныхъ складахъ—405.

Товарный знакъ—435.

Толкованіе. Толкованіе законовъ—66 (см. подробно законъ); толкованіе договоровъ—521.

Торги. Продажа недвижимости съ торговъ—327; торги при казенныхъ подрядахъ и поставкахъ—613.

Торговый. Торговые законы—55; торговая поклажа — 634; наслѣдованіе въ торговыхъ предпріятіяхъ—799.

Третьи лица. Договоры въ пользу третьихъ лицъ—518; право третьяго лица при страхованіи жизни—577; право страхователя обратиться къ третьему лицу, виновнику вреда—571.

Трудъ. Трудъ, какъ основаніе пріобрѣтенія права собственности при переработкѣ — 323; трудъ, какъ основаніе наслѣдованія—841.

Убытки. Понятіе объ убыткахъ—651; дѣйствительный ущербъ и потерянная выгода—651; прямые и косвенные убытки — 651; доказываніе убытковъ—652.

Увѣчье. Возмѣщеніе ущерба, причиненнаго увѣчьемъ—659.

Угодье. Что такое угодье — 362; историческое возникновеніе угодій—362; извѣстныя рускому законодательству угодья—362.

Угроза. Угроза разрушаетъ сдѣлку, заключенную подъ ея вліяніемъ—179.

Узаконеніе. Понятіе объ узаконеніи—742; отличіе отъ усыновленія—745; узаконеніе черезъ послѣдующій бракъ—742; узаконеніе по Высочайшему указу—744.

Указная часть. Историческое происхожденіе—788; указная часть дочери — 851; указная часть жены — 860; указная часть не подлежитъ давности—861; выдѣлъ указной части по требованію кредитора—861.

Укрѣпленіе. Укрѣпленіе правъ на недвижимости—222; исторія укрѣпленія правъ—223; крѣпостная система укрѣпленія правъ—224; нотаріальная система—225; ипотечная система—231.

Улица. Улица въ общемъ пользованіи — 173; невозможность давностнаго владѣнія улицею—299.

Уплата. Отличіе уплаты отъ платежа—553.

Урожай. Продажа будущаго урожая—528, 538.

Условіе. Условіе, какъ случайная принадлежность сдѣлки—190; виды условій—191; положеніе сдѣлки до наступленія условія—192; моментъ наступленія—193; послѣдствія наступленія—193; условія въ договорахъ—503; и въ завѣщаніяхъ—821.

Установленіе юридическаго отношенія—83.

Усыновленіе. Понятіе объ усыновленіи и отличіе отъ узаконенія—745; условія усыновленія—745; послѣдствія усыновленія—747; усыновленіе мѣщанами и крестьянами—747.

Утвержденіе. Утвержденіе акта о недвижимости старшимъ нотаріусомъ—228; утвержденіе въ правахъ наслѣдованія—875; при наслѣдованіи по завѣщанію—877; при наслѣдованіи по закону—882.

Ухожья бортныя—368.

Участіе. Опредѣленіе права участія—273; право участія частнаго—280; право участія общаго—275; отличіе права участія отъ сервитута—274; право участія при экспропріаціи—333.

Ущербъ. Понятіе объ ущербѣ—651.

Фабрика. Фабрика, какъ имущество нераздѣльное—162; залогъ фабрики—392; право на фабричные рисунки и модели—433; наемъ жены на фабричныя работы—110, 599, 724; наемъ фабричныхъ рабочихъ—605.

Фидеикомиссы—820.

Физическое лицо, какъ субъектъ права—86.

Фирма. Право на фирму—434.

Форма. О формѣ сдѣлокъ вообще—187; форма залога—394; форма купли-продажи—528; форма дареніе—557; форма брака—693; формы завѣщанія—823; нотаріальная—825; домашняя—826; особенныя формы—831.

Фотографическія произведенія. Право на нихъ—435.

Франція. Источники французскаго права—30; Code Napoleon—32; порядокъ пріобрѣтенія недвижимости во Франціи—232; передача по франц. праву—287; вліяніе франц. права на русское въ отношеніи давности владѣнія—293; совершеніе гражданскаго брака во Франціи—696; имущественныя отношенія между супругами во Франціи—714; право отца заключить дѣтей въ тюрьму—737; организація опеки во Франціи—765; законная доля наслѣдниковъ—842; внѣбрачныя дѣти во Франціи—756; разводъ—701; запрещеніе субституцій—820; форма завѣщаній—824; наслѣдованіе по закону во Франціи—842.

Художественное произведеніе. Авторское право на художественныя произведенія—424.

Цѣна. Цѣна вещи, какъ существенный элементъ купли-продажи—526.

Чекъ. Чекъ не замѣняетъ платежа—465.

Чиншевое право. Историческое происхожденіе чиншеваго права—379; возможность возникновенія вновь чиншевыхъ отношеній—380, 381; отношеніе русскаго законодательства къ чиншевому праву—388; права чиншевика—382.

Штрафъ. Штрафъ имѣетъ уголовный, но не гражданскій характеръ—455; штрафной характеръ неустойки—483; штрафной характеръ исковъ о личной обидѣ—666.

Экспропріація. Понятіе объ экспропріаціи—328; порядокъ экспропріаціи—330; вознагражденіе при экспропріаціи—331; отчужденіе экспропріированнаго участка—334.

Юридическая сдѣлка—175, см. сдѣлка.

Юридическое лицо. Понятіе и цѣль юридическаго лица—131; природа—133; виды—137; частныя лица—общества и товарищества—139; возникновеніе: самозарожденіе—140; концессіонная система—140; явочная, или нормативная—140; учрежденіе—141; права и дѣеспособность—141; представители—144; прекращеніе юридическаго лица—145; судьба его имущества—146.

Юридическое отношеніе. Понятіе о немъ—77; строеніе юридическаго отношенія—78; установленіе его—83; прекращеніе его—83; измѣненіе его—85.

Юридическій фактъ—82.

Явка. Явка заочнаго письма—550, 552.

Язычники. Бракъ язычниковъ—695.

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ПУБЛИЧНАЯ ИСТОРИЧЕСКАЯ БИБЛИОТЕКА

УКАЗАТЕЛЬ СТАТЕЙ.

Стат.	Стр.
т. I, ч. 1, изд. 1906 г.	
11	50
65	66
77	65, 330, 352
84	42, 47
85	61, 119
86	50
87	50
88	54
89	57, 58, 66
91	56
93	56
94	57
95	181
96—98	329
164	138
65, изд. 1892 г.	66
т. II.	
Общ. учр. губ.	
337	111
438, п. 1	57
742	274
792	313
Пол. зем. учр.	
4	138
Город. пол.	
7	138
8	173
Пол. упр. Турк. крал.	
262	120, 129
Пол. упр. обл.	
136	120, 129
Пол. шнор.	
16	182
38, прим. II, ст. 1	546
т. III.	
Уст. о пенс.	
109	675
т. IV.	
Уст. о воин. пов.	
28, п. 1	693
„ „ 2	693
48—59	675
118	694
185	694
т. V.	
Уст. о пошлинах.	
210	880, 883
211	883
214	902
215	880
219	880, 883
247, п. 1	763

Стат.	Стр.
Уст. о прям. налог.	
415	611
419	611
586, прил., ст. 30	758
т. VII.	
4	378, 379
5	378
193	265
194	266
195	266
197	379
224	162
227	162
256	379
264	131
424	266
541	266
547	131
661—668	607
772	379
803	379
804	379
т. VIII, ч. 1.	
Уст. лъсной.	
275	306
277	306
673	367
679	366
764	364
796	283
Уст. оброчный.	
1	236, 377
55	377
56	192, 377
58, п. 2	192
69	377
71	377
75	244
т. IX.	
2	130
4	92
5	720
7	89, 91, 120
„ прил., ст. 3	92
10	87
12	85
13	210
44	720
53	720
79	721
86	130
367	720
399	131
410	708
413, п. 1	708
415	708
416	94
418	94
420	94
421	94
422	94
423	94
424	808
431, п. 1	131
435	138
439	138
443	138
444	390
446	301
453, прил., ст. 29, п. 1	584
493	720
539	720
542	720
579	138
684	138
710	720
762	127
767	124
776	127
779, прим. 3	127
780, прим. 4	126, 127
784	127
785	126, 810
810	99
828, прим. 4	121
830	119

Стат. — *Стр.*

830 прим. 2 120
„ „ „ прил. II . . . 120
„ „ „ „ ст. 3 . 810
„ „ „ „ „ 7 . 120
„ прим. 4 121
833 119
860 98
862 98
863 98
864 98
868 98
869 98
873 98
878 98
879 98
881—889 99
900 99
901 99
906 99
912 99
917 99
918 99
919 99
941—948 697
984, прим. 99

Положенія о сельскомъ состояніи.

1 . . . . . 47, 357
3 343
10 350
11 350
12 350
13 46
17^{1} 347
17^{7} 355
17^{9} 347, 818
17^{10} 355
17^{11} 354
17^{15} 354
17^{17} 355
17^{19} 355
17^{20} 355
17^{22}—17^{29} 354
17^{32} 355
17^{36} 355

Стат. — *Стр.*

17^{39} 355
17^{47} 358
17^{48} 358
19 . . . . . 349, 355
„ прим. 1 355
19^{1} 356
20 . . . . . 349, 356
21, прим., прил. ст. 10 . 349
22^{1} 356
24—37 350
32 354
47 . . . . . 353, 358
62 773
94, прим. 773
110, прим. 2 834
135 47
172 354

Полож. о выкупѣ.

107 346
112 353
116 356
165 344

Полож. великор.

9 346
15 . . . . . 353, 356
47 353
65 345
66 . . . . . 346, 356
101 356
114 349
148 356

т. X, ч. 1.

1 692
2 . . . . . 94, 687
3 . . . . . 684, 686
„ прим. 684
4 684
5 678
6 . . . . . 51, 691, 777
9 692
12 678
20 . . . . . 51, 679, 686

Стат.	Стр.
21	686
23	763
25	693
31	200, 694
35	101, 695
36	101, 695
37 п. 1	110, 710, 678
„ „ 2	686, 688
„ „ 3	51
„ „ 4	687
„ „ 5	685
„ „ 6	687
„ „ 7	687
38	683
39	683, 685
40	687
41	705
45	706
46	110, 722
47	704
48	110, 705
49	110, 705
50	706, 721
53	706
54	707
61	55
62	678, 679, 686
63	684
64	690
65	55, 695
67	695, 732
75	695, 733
78	698, 708
79	711
81	711
82	679, 711
83	711
87	687
90	55, 695
91	684
92—97	679
100	720
101	720
103	721, 722
106	719, 726, 727
107	719, 722
108	722
109	725
110	725
114	725
116	725
119	740
125	740
131^{1}	742
131^{2}	736
131^{4}	736
132	758
132^{1}	731, 759
132^{2}	759
132^{3}	759
132^{4}	760
132^{5}	760
132^{8}	760
132^{10}	731, 760
132^{11}	772
132^{12}	759, 760, 852
133	197
136	758
144^{1}	128, 745
„ п. 3	744
„ п. 4	742
145	746
145^{1}	746
147	747
148	87, 128, 746
149	104, 747
150	746
150^{1} п. 1	746
„ п. 2	746
„ п. 3	747
152	748
153	748
155	747
156^{1}	747, 748, 844, 851
156^{2}	748
156^{3}	748, 844
156^{5}	364, 369, 748
156^{7}	748
164	69, 731
165	737

Стат.	Стр.
165 п. 2	738
168	736
172	731
172—175	777
173	732, 733
174	732
177	736
178	754
179	719, 754
180	749
182	749
184	749
185	749
190	749
194	753
196	760
212	767
213 прим.	103
216	101
217	103
218	103
„ прим.	51
219	103, 104
220	69, 105, 148, 176, 439
221	103
222	107
226	749, 772
227	772, 802
229	749, 772
230	773
231	773
250	774
251	774
253	774
254	770
256	771
259	780
263	777
265	777
266	50, 778
268	778
„ прим. 1	104
269	779
273	779
275	779
275 прим.	779
277	171
„ п. 1	778
„ п. 2	778
„ п. 3	779
„ п. 4	779
279	174
280	779
282	779
284	68, 781
290	780
291	780
367	775
„ прим.	111
368	775
372	111, 775
373	775
374	111, 775
374[1]	111, 775
375	775
376	770, 772, 775
377	111, 778
378	781
381	112, 113, 770, 775, 778
383	150
384	150, 151
386	167, 320
387	151, 165, 166
388	165
389	165
391	168
393	162
394	162
„ прим. 1	162
395	162
397	155
„ п. 3	158
„ п. 6	157
398	155
399	155, 156
„ п. 3	158
„ п. 4	165
401	152
402	152
405	470

Стат.	Стр.
406	137, 172, 173, 277, 279, 304
409	307
410	306
411	138
414 п. 1	138
„ п. 3	138, 346
„ п. 4	138
416	146
418	146, 439
420	80, 261, 285, 532 819
„ прим. 1	265
420, прил.	412
421	261
423	262
424	165, 265, 308
425	265, 316, 317, 323
426	319
427	319
428	277, 318, 319
429	277
„ п. 2	318
430	307, 308, 309
431	299, 316, 317
432	262
433	273
434	172, 275, 277
435	172
435^{1}	276
437	278
438, п. 1	278, 279
439	280
440	278
441	243
442, п. 1	281
„ п. 2	282, 368
445	280
446	281
447	281
448	276, 282
449	276
450	276, 282
451	282
453	367
454	367
455	367
456	367, 368
457	365, 367
458	364, 367
459	368
463	365, 368
469	160
474	160
477	160
478	160
480	161
481	161
482	161
483	161
485	161
486	309
492	161
493^{1}—493^{16}	161
493^{18}	817
493^{17}	817
494—512	161
504	584
513	238
514	238, 262, 363, 369
515	238
521	374
523	242, 244
524	242
525	245
525—528	244
527	248
529	244, 256
530	11, 244
531	239, 244
533	235, 239, 294, 297
533^{1}	70, 159, 369, 370, 795, 863
533^{4}	316, 372
533^{5}	371
533^{6}	372
533^{7}	371
533^{8}	439
533^{9}	373, 902
533^{10}	374
533^{11}	372
533^{13}	835
534	249, 250, 255, 726

Стат.	Стр.
535	262
536	316
537	310
538	309, 312, 314, 315
539	306, 314, 315
„ прим. 1	304, 305, 313
„ „ 3	314
„ прил. (прим. 1)	334
539[1]	309
541	262, 819
542	263, 819
543	335
545	337, 338
546	338, 339
547	338
548	336, 527
550	340
551	335
552	340
553	335
554	338, 777
555	339, 346, 527
557	297
558	296
559	213, 296
560	235, 294
562[1]	300
563	300
564	161, 210, 300
565	219
569	512
569—572	502
570	442, 464, 519
571	505
572	468
574	11, 641, 642, 647, 656, 674
575	328, 330
576	329
577	331
578	330
579	331
580—583	331
584	331
„ п. 9	332
588	334
589	334
„ п. 2	333, 374
590	334, 527
593	229
594, п. 1	331
594[1], прим. 1	334
595	334
602	332
604	333
605	333
606	364
609	255, 325, 452
610, п. 1	257
„ п. 2	257
611	256, 258, 320
612—614	257, 460
613	165
614	460
618	460
619	257
620	257
622	258
624	257
626	258, 317
628	258
633	258
634	258
641	258, 485, 536
644	647, 652
645	652
647	647
648	454, 662
649	662
650	662
651	487
652	487
653	661
654	661
656	666
657	663
658	663
660	663
661	663
662	664
663	664, 665

Стат.	Стр.
664	664
666	665, 678
670	660
673	325, 460
683	460, 655, 656, 659
„ п. 3	505
684	399, 434, 633, 642, 647, 654, 661
686	649, 661
687	661
691	255
692	215, 216
693	375
694	215, 216
„ прил., ст. 1	213
„ „ „ 1, п. 1	299
„ „ „ 2, п. 1	211
„ „ „ 2, п. 2	212
„ „ „ 3	384
„ „ „ 4	212
„ „ „ 5	212
„ „ „ 6	63
698	137
„ п. 4	138
„ п. 5	138
„ п. 8	138
„ п. 10	133, 139
698, прил. (прим. 2), ст. 1	122, 810
„ „ „ „ 2	121
„ „ „ „ 6	122
„ „ „ „ 7^1—7^5	124
„ „ „ „ 8	123
„ „ „ „ 11	123
„ „ „ „ 12	123
„ „ (прим. 3), ст. 1, пр. 1	810
699	284, 802
700	177, 180
701	185
702	179, 180
703	180, 181, 291
707	288
708, прил. (прим. 4)	62
709	292
710	289, 505
711	70
712	70, 289
770	95, 116
915	229
923	190
934	563
938	192
966	563
967	159, 557
973	197, 555
975	559
976	192, 559
977	558, 560
978	517
979	561
981	141, 562
982	562
985	557
986	146, 562, 563
987	558
991	288, 803
992	288, 558
993	293; 557
994	749
995	749
996	750, 751, 861
997	749, 750
998	751
1000	750
1001	751
1002	752, 874
1003	753, 891
1004	753
1006	752
1007	752
1010	800, 803
1011	369, 818, 821
„ прим.	820, 902
1016	177, 804 805
1017, п. 1	111, 804
„ п. 2	805
1018	805
1019	95
п. 1	806
п. 2	806
1020	806, 807

Стат.	Стр.	Стат.	Стр.
1023	825, 834	1066[6]	879
1025	94, 808	1066[8]	879
„ прим.	93, 810	1066[12]	884, 885
1026	182, 183, 811, 813	1066[13]	881
1028	809	1066[14]	881
1029	199, 823	1067	816
1030	835, 836	„ п. 2	811
1032	772, 785	„ п. 3	94, 810
1035[1]	826, 832	„ п. 4	95, 810
1035[2]	826	„ п. 5	810
1036	825	1068	159, 816, 817, 838, 845
1036[1]	200, 801, 825	1069	816, 818
1037	826	1070	817, 838, 863
1038	826	1071	831
1039	836	1072	831
1041	836	1073	838
1042	826	1077	62, 832, 833
1043	830, 837	1078	832
1045	830	1081	832
1046	200, 829	1082	835
1046[1]	830	1084, п. 1	908
1046[2]	830	„ п. 2	907
1047	829	1085	910
1048	827, 828, 829	1086	902, 903, 906
1050	828	1090	881
1051	210, 827	1091	881, 913
1052	879	1093	813
1053	210	1094	813
1054	827	1104	148, 783, 803, 902
„ п. 2	764	1105	849
„ п. 3	910	1106	87, 849
1055	828	„ п. 2	811, 850
1058	830, 837	1107	95, 849
1059	838	1109	93, 94, 849
1060	877	1110	839, 889
1060[1]	878	„ п. 1	881
1062[2]	878	1111	761, 845
1062	878	1115	761
1063	878	1116	761
1065	878	1120	845
1066	878	1121	846, 857
1066[2]	880, 881	1122	846
1066[3]	880	1123	846, 847
1066[4]	879	1125	847
1066[5]	879	1127	850, 851

Стат.	Стр.
1128	850
1129	852
1130	815, 851
1131	851
1132	851
1134	852
1135	853
1136	853, 854
1138	846
1140	761, 855
1141	364, 369, 372, 855, 856, 857, 808
1142	560, 855, 857
1144	370
1145	364, 370
1146	374, 857, 895
1148	860, 863
1149	861
1150	860
1151	862
1152	859
1153	752, 860, 862
1155	861
1160	861
1162	863, 864, 871
1163	846
1164	799
1168	865
1168[1]	865
1169	865
1170	864
1172	144, 864
1172[2]	864, 865
1172[3]	864
1172[4]	864
1172[6]	865
1172[7]	865
1184, п. 5	46
1185	435
1186	175
1187	808
1188	128
1198	161
1222	791
1223	94, 500, 791, 792, 808
1224	794, 797
1225	797
1226	795
„ прим.	795
1231	797
„ прим.	797
1238	604, 800
„ прил. (прим. 1), ст. 3	897
„ „ „ 7	799, 897
„ „ „ 10	897
„ „ „ 13—20	799
„ „ „ 15	611
„ „ „ 19	604
1239	798
„ п. 2	798
1240	799
1241	799, 882
1242, п. 2	295
„ п. 3	295
1244	91, 792, 871
1246	120
1247	120
1254	868
1255	80, 868
1257	869, 871
1258	500, 869
1259	454, 500, 856, 857
„	895
„ п. 1	896
1260	499
1261	186, 870
1263	864
1265	869, 872
1266	874
1268	874
1279	61
1286	62
1295	62
1297	883
1299	877
1300	886, 887
1301	536, 887
1303	887
1314	890
1315	891

Стат.	Стр.	Стат.	Стр.
1317	892	1523	288
1318	892	1528	504, 505, 506, 507
1322	893	1529	502, 505, 506, 513
1324	162, 892, 893	„ п. 2	186
1332	893	1530	191, 195, 460, 468, 494, 495, 508, 519
1335	893	1531	502
1336	891	1536	464
1338	56	1538	521
1340	849	1539	522
1350	149	„ п. 4	48
1355	762	„ п. 5	488, 550
1356	762	1540	176
1357	762	1543	896
1359	762	1544	500
1363	159	1545	494, 495
1367	527	1547	495, 874
1374	124, 544	1548	439, 456, 491
1378	288	1549	63, 211, 501
1379	543	1550	211, 501
1380	288	1553	500
1384	528	1554	385, 392, 480, 489
1386	528	1555	489
1387	528	1556	50, 488
1388	397, 527	1558	490
1389	112, 528	„ п. 2	492
1394	527, 633	„ п. 3	475, 491
1396	162, 164	„ п. 4	492
1401	176	„ п. 5	454, 491
1404	173	1560	490, 491, 492
1416	225	1562	489
1417	51, 529	1573	484
1424	531	1574	484
1427	532	1575	484
1465	229	1583	485
1490	524	1585	484
1505	229	1587	385
1509	328	1627	112, 389
1509³	394	1628	389
1510	288, 293, 502, 525	1629	389, 393
1511	532	„ п. 1	389, 403
1513	70, 289, 482	„ п. 2	359, 372, 389
1514	70, 289, 524, 534	1630	391
1516	534	„ п. 2	391
1518	482, 534	1632	339, 389
1519	535		

Стат.	Стр.
1633	392
1634	392
1641	392
1642	394
1646	391
1647	394
1651	472
1652	472
1653	399, 475
1663	389
„ прил. (прим. 1)	405
1664	255
„ п. 1	403
1665	390, 392
„ прим.	392
1666	393
1667	395
1668	395
1670	395
1671	395, 396
1672	392, 395
1673	395
„ прил.	392
1674[1]	390, 402
1676	398
1678	399, 475
1679	537
1682	537, 539
1683	538
1685	539
1686	539
1687	540
1689	497
1691	236, 581, 587
1692	583
1692[1]	373, 778
1693	584
1697	583
1700	584, 585
1702	584
1703	585
1705	391, 588, 591, 593
1706	264
1707	587
1708	588
1710, прим.	582
1711	583
1737	609
1738	609
1739	612
1740	612
1742	541
2012	546
2013	548
„ прим.	545
2014	514, 547, 548
2017	547
2019	549
2020	550, 551
2022	552
2023	468, 552
2031	549
2033	549
2036	545, 550
2039	550
2043	492
2051	553
2053	553
2054	554
2055	472
2058	475, 476, 552
2059	552
2060	552
2064	578
„ прим.	579, 582
2065	579
2067	580
2068	581
2100	624, 625
2101	626
2102	626
2104	627
2105	471, 628, 630
2106	497
2107	625, 628
2108	629
2109	629
2110	472
2111	170, 627, 628
2112	627

Стат.	*Стр.*
2112 п. 1	632
2113	630
„ п. 3	631
„ п. 4	631
2114	186
2115	630
2119	627, 632
2123	632
2124	633
2126—2198	637
2130	637
2131	637
2132	638
2134	637
2135	637
2148	434
2151	507
2153	140, 143
2198[12]	139
2199	566, 567
2200, прил. ст. 16	549
2201	609
„ прим.	607
2201—2247	595
2202	109, 599, 724
2203	599, 607
2214	50, 597
2215	597
2218	597, 598, 602, 609
2219	602
2221	602
2223	602
2224	600
2229	601, 603
2230	602, 603
2231	602
2232	601
2238	604
2291	617
2293	202, 617
2294	202, 615, 617
2306	618
2307	620
2308	618
2326	202, 619
2329	619
2330	621, 909
2333	622
2334	622

Положж. о каз. подр. и пост.

38	392
79	529
80	487
81	487
117	613
216	497
„ п. 6	68

т. XI, ч. 1.

Уст. иност. исповѣд.

300	693
303	695
305	200
319	185, 692
320	185, 692
321	692
326	691
331	710
333	742
334	742
369	710
543	138
899	100
984, прим.	99
1261	128
1285	100
1291	100

Уст. учебн. заведен.

542	865
646	865
776	865
903	865

т. XI, ч. 2.

Уст. кред.

р. IV, ст. 67	877
„ IV, „ 68	779
„ V, „ 50	552

Стат.	*Стр.*
р. V, ст. 56	521
„ VI, „ 42	339
„ VI, „ 55	404
„ VI, „ 65	479
„ VI, „ 68	405
„ VI, „ 85	405
„ XI, „ 65	877
„ XI, „ 140	404
„ XI, „ 149	405
Уст. векс.	
2	109, 131, 724
11	191
30	455
33	477
47	464
76	211
82	59
86	473
95	191
100	470
Уст. торг.	
1	46
3—62	604
7	600
8	597
30—31	607
35	617
39	617
41	618
54^{1}	200, 290
54^{2}	290
54^{17}	290
54^{22}	394
54^{24}	500
54^{25}	500
59	140, 638
63—104	637
82	139
151	168
152	168
243—297	608
256	600
404	475

Стат.	*Стр.*
434—437	445
477	649
478	649
533, прим.	568
538, „	569
542	565
553	148, 315
657	138
665, прил., ст. 52	167
„ „ 53	167
„ „ 56	167
698	475
766—819	406
767, прим., прил., ст. 1	634
779	658
781	658
784	394
789	475
804	455
812—819	634
816	323, 634
817	323, 658
Уст. суд. торг.	
392	470
407	402
412	470
428	116
429	171
459	116
460—486	512
460	198, 561
461	726
465	726
470	288
475	288
476	384
477	288
480	404
481	404
488	288
490	215
494	497, 499
498, п. 3	898
505, п. 1	404

Стат. — *Стр.*

506, п. 3 404
552 116
563 531
570 339

Уст. пром.

2 605
82 162
84 164
86 596
90 . . . . . 110, 599
98 485
99 602
100 497
104 465
134 600
127—156 605
156[19] 659
198[25] 432
199, прим. 2 433
203 433
206 433
390, прим. 129
417 600
402—423 606
417—423 607

Уст. конс.

12, п. 4 838
57, п. 2 526
72 100

т. XII, ч. 1.

Уст. путей сообщ.

10 275
87 278
358 279
359 278
„ прим. 3 . . . . . 173, 277
361 279
363 279
„ прим. 5 280
365 279
377 278
378 278

Стат. — *Стр.*

523 172
524 276
575, прим. 3, прил., ст. 11 . 331
„ „ „ „ 14 . 331
„ „ „ „ 16 . 331
„ „ „ „ 32 . 331
802 277
805 277
840 277
843 277
882 172
889 . . . . . 172, 276
890 172
891 277
892 277

Общ. Уст. рос. жел. дорог.

67 171
78 475
84 171
85 393
102 . . . . . 656, 658
110 484
115 456
118 455
135 211
137 211
153 283

Положж. о подъездн. путях.

2 584

т. XII, ч. 2.

Уст. сельск. хоз.

6 618
10 . . . . . 110, 599
28, прил., ст. 1 378
„ „ „ 2 584
287 363
289 365
323 305
332 305
333 305
340 305
341 305

Стат.	*Стр.*
346	173
353	306
486	172, 306
488	279
490	173, 277, 306
491	306
515	279
746	279
1053	306
Уст. строит.	
307	163

т. XIII.

Уст. обществ. призр.	
33	562
34	562
303, прил., ст. 35	600
Уст. врач.	
340	173
342	173
351	173
393	771
664	174
712	174
726	174
1200—1292	329

т. XIV.

Уст. предупр. и пресьч. прест.	
1, прил. II (прим. 2), ст. 23	771
11[2], прил., ст. 34	146
78	131
88	129
118[1]	139, 146
„ прил., ст. 17	638
„ „ „ 29	640
150	767
„ прил. I и II	776
„ „ „ ст. 6	115, 781
152	115
205, прил., ст. 71	721
224	665
Уст. о ссыльныхъ.	
195	104
215	96
218	96
222—226	96
225	810, 849
226	865
258	735
259	735
260	735
261	735
262	735
500[1]	707
Уст. ценз. и печати.	
114, прил., ст. 1	422
„ „ „ 7	424
„ „ „ 23	424

т. XV.

Уложеніе о наказаніяхъ.	
24	87
25	95
26	95
27	95
28	95, 792
56	305
59	663, 895
61	663, 895
85	599
180[2]	486, 551
180[4]	526
207[1]	100
255	335
327	91
562—564	174
575	174
855	110
913	505
950	98
994	665
998	755
1020	174
1022	174

Стат.	Стр.
1150[1]	452
1416	642
1451	87
1452	87
1469	88
1472	805
1524	686
1528, прим.	664
1544	722
1554	51
1558	679
1565	692
1566	51, 692
1585	704, 724
1588	755
1592	737
1686	180
1687	180
1688	184
1689	51
1705	393
Уставъ о наказаніяхъ.	
51	755
120	665
121	665
130—135	666
143	753
154	666
155	666
156	666
158[1]	666
178	307, 312
179	314
т. XVI, ч. 1.	
Учрежд. суд. устан.	
259[1]	66
395	617
Уставъ гражданск. судопроизвод.	
1	1
7	653
8	651
9	71
10	66
19	107, 112, 779
20	115
„ п. 2	252
21	117
24	913
25	912
29, п. 4	252
„ п. 5	274
45, п. 1	131, 202
73	249
130	47
132	216
136	465
203	467
207	467
209	467
213	253
215	792, 869
246, п. 2	131, 203
266	213, 296
269	213
349, п. 4	253
371, п. 4	724, 828
„ п. 3	736
373 п. 1	764
409	188, 396
„ п. 2	190, 825
410	190
460	190
461	187
464	60, 62, 833
571, п. 5	120
589	493
595	550
599, п. 4	781
625	171
631—640	472
642	488
689	213, 296
692	213
706	216
707	833
735	296
752	767, 777

Ст.	Стр.
813	72
815	72
960	777
968	326
971	174
973, п. 4	168
974	168
975[1]	168
976	725, 726
980, п. 2	149
983	149
985	149
1009	326
1009—1020	633
1016	71
1028	171
1040	419
1043	175
1044	175
1055	326
1057	326
1058	326
1061	327
1062, п. 2	197
1067	327, 481
1069	197
1078	472
1083	475
1095	327
1096	327
1097	327
1099	399, 594
1100	327, 399
1128	327
1129	327, 400
1143	327
1160	327
1162, п. 4	327
1164	327
1165	229
1168	497
1170, п. 3	327
1171	327
1176	481
1180, п. 1	328
1181	328
1188	337, 339, 340
1215	392, 401
1282	138
1284	137
1297	137
1298	138
1310	252, 263
1314	251
1347	210, 742
1348	738, 739
1349	739
1351	739
1352	738, 739
1353	739
1355	101
1356	101
1356[7]	686
1357[1]	660
1359	565
„ п. 2	565
1366	566
1401	798
1402	796
1403	794, 797
1408	877, 882
1411	892
1412	892
1413	892
1414	892
1417	892
1424	877
1424—1437	292
1432	291, 292
1451	89
1453	89, 767
1455	781
1456	91
1459	90, 91, 792
1460[1]	200, 743, 744
1460[1]—1460[7]	744
1460[8]—1460[12]	747
1491, п. 2.	221
1681	87

Стат.	Стр.
Уст. угол. суд.	
705	724, 736, 764
707, п. 2 и 3	764
851	767
957	792
1016	704
Положс. о нотар. части.	
65	226
66	188, 189, 291, 529
73	226
75	764
80	229
83	226
87	826
„ п. 1	110
„ п. 3	764
88	826
89	226
90	227, 507
95	826
96	826
104	826
112	826
114	825
128	227
146	227
147	227
148	227
148—153	831
149	838
150	838
154, прим. 2	230
„ п. 3	291
157	291
158	189
159	275
„ п. 1	394
„ п. 2	360, 363
161	228, 529
165	229
167	529
„ п. 2	229
168	229, 291
169	291, 529
„ п. 2	364
177	291
178	364, 394
178[1]	291
179	394
186	364
Прав. произв. суд. дѣлъ зем. нач.	
88	47
91	465
161	794
т. XVI, ч. 2.	
Зак. суд. гражд.	
3, прим.	402
191	828
446	678
464	738
615	400
622	401
626	401
634	402
Положс. о взыск. гражд.	
315	401
Уставъ духовныхъ консисторій.	
49	174
209	685
218	686
249	705
250	704
253	706
Свод. воен. пост., кн. 7.	
929	771

Опечатки.

	Напечатано:	*Слѣдуетъ:*
Стр. 85	т. XI ст. 12	т. IX ст. 12
„ 94	ст. 1068	ст. 1067
„ 162	т. IX ст. 82	т. XI ст. 82
„ 394	ст. 1509^{9}	1509^{3}
„ 759	ст. 131^{12}	132^{12}
„ 760	ст. 1432^{4}	132^{4}
„ 879	ст. 1167^{6}	1066^{6}
„ 879	ст. 1166^{8}	1066^{8}

30.—